



Flávia Alexandra Ferreira Félix

**DIREITO A SER ESQUECIDO NA INTERNET:
UMA NOVA REALIDADE?**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Ciências jurídicas forenses

Orientador:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

Flávia Alexandra Ferreira Félix

**DIREITO A SER ESQUECIDO NA INTERNET:
UMA NOVA REALIDADE?**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Ciências jurídicas forenses

Sob a orientação de:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015

Declaração anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho anexo intitulado de “Direito a ser esquecido na Internet: uma nova realidade?” é resultado da investigação que realizei e que a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Lisboa, 13 de fevereiro

À minha avó...

"It has become appallingly obvious that our technology has exceeded our humanity.."

Albert Einstein

"The future has many names: For the weak, it means the unattainable. For the fearful, it means the unknown. For the courageous, it means opportunity."

Victor Hugo

Agradecimentos

Aos meus pais queridos pelos valores transmitidos e pelas oportunidades proporcionadas,

...ao Prof. Dr. Jorge Morais Carvalho, por ter aceite orientar esta dissertação e a ter acompanhado de forma tão dedicada e presente,

...ao David, meu companheiro de todas as “viagens”, pelo amor e incentivo demonstrado ao longo de todo o trabalho,

...à minha irmã e amiga pelo estímulo,

...ao Daniel Semedo, meu amigo, pelas sugestões de revisão deste trabalho e por representar um modelo de força e persistência para mim,

...à Catarina Vaz pelas sugestões e pela preciosa companhia nesta jornada,

E ao Sr. Carlos Artur por tornar a biblioteca um local mais acolhedor com a sua simpatia todas as manhãs.

Modo de citar e outras convenções

Na primeira citação de uma monografia esta é identificada da seguinte forma: nome completo do autor, *título integral da obra*, volume, edição, editora, local de publicação, ano e página que se pretende referenciar. Nas citações seguintes, as monografias serão referenciadas pelo nome completo do autor seguido pelas abreviaturas “*ob.cit.*” e a indicação da(s) página(s) ou página(s).

Se a obra corresponder a um artigo de uma publicação periódica, a primeira citação é feita da seguinte forma: nome completo do autor, “título integral do artigo consultado”, *nome do periódico*, ano ou volume, número, ano civil, e página(s).

Tratando-se de obras ou artigos consultados e recolhidos na Internet, é adotada a seguinte forma de citação: nome completo do autor, título integral da obra, *site* da Internet em que foram consultados e a(s) página(s). Sempre que o próprio *site* em que foi feita a recolha tenha a referência da revista (física ou não), tal referência será indicada. A data de recolha do artigo consta da lista bibliográfica final sempre, exceto nos casos em que a consulta foi feita mais do que uma vez.

Nas citações seguintes, serão as obras ou artigos referenciados pelo nome completo do autor seguido pelas abreviaturas “*ob.cit.*” e a indicação da(s) página(s) ou página(s). Existindo mais do que uma obra consultada de um mesmo autor, ao nome completo do autor seguem-se as primeiras palavras do título da obra, a abreviatura “*cit.*” e a(s) página(s) consultada(s). A expressão *Ibidem* é utilizada sempre que a obra a citar tenha sido citada na nota de rodapé imediatamente anterior. Estas regras aplicam-se a monografias, comentários ou opiniões, artigos em publicações periódicas ou relatórios.

É adotada a seguinte forma de citação dos acórdãos consultados: nome do tribunal que tomou a decisão, data e número de processo.

As transcrições são sempre feitas na língua original.

Direito a ser esquecido na Internet: uma nova realidade?

É usado o modo *itálico* para destacar as palavras escritas em língua estrangeira, latinismos e em algumas abreviaturas como *cit.* ou *cfr.*.

O trabalho é escrito segundo o novo acordo ortográfico.

Declaração relativa ao número de caracteres

Para a elaboração da presente dissertação foram usados 197.969 caracteres (incluindo espaços e notas de rodapé).

Abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos (Agência Espanhola de Proteção de Dados)
Ac.	Acórdão
APMD	Associação Portuguesa de Marketing Direto
art.	artigo
cit.	citado
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
Cfr.	Conforme
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de dados
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
ENISA	European Network and Information Security Agency
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
LPDP	Lei de Proteção de dados pessoais
OA	Ordem dos Advogados
ob.cit.	obra citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OJ	Ordenamento Jurídico
p.	página
pp.	páginas

Direito a ser esquecido na Internet: uma nova realidade?

RCCG	Regime das Cláusulas Contratuais Gerais
RIDB	Revista do Instituto do Direito Brasileiro
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Resumo

Com o desenvolvimento tecnológico temos vindo a assistir a uma progressiva perda de controlo dos nossos dados pessoais. Os motivos são diversos, ora pela velocidade quase incontrolável com que circulam, ora pela sua, frequente, permanência eterna no espaço digital ao ponto de podermos admitir que a Internet nunca se esquece. Inevitavelmente, esta situação trouxe consequências gravíssimas ao nível de alguns direitos de personalidade, aumentando em muito a sua violação.

Neste contexto, surgiu a necessidade de adaptar o regime europeu de proteção de dados ao tempo tecnológico em que vivemos.

A atribuição aos indivíduos da possibilidade de terem os seus dados pessoais apagados, nomeadamente os que são divulgados na Internet, traduz-se na melhor forma de controlo de que podem beneficiar relativamente às suas informações pessoais. Contudo, um apagamento dos dados pessoais apenas dos *sites* de onde constem revela-se ineficaz quanto ao seu fim, se estes continuarem a surgir nas listas de resultados apresentadas pelos motores de pesquisa.

Neste contexto, é invocado o “direito a ser esquecido na Internet”. Este traduz-se na possibilidade de o titular dos dados pessoais publicados na Internet obter o apagamento e a cessação da continuidade da difusão dos mesmos, designadamente pela atividade de desindexação a ser exercida pelos motores de pesquisa. Temos assim um direito ao apagamento dos dados pessoais mais amplo, em dois sentidos: em primeiro lugar, no sentido de direccionar, em maior escala, a sua aplicação aos dados pessoais constantes na Internet, e, em segundo lugar, no sentido de estender a possibilidade do seu exercício contra os motores de pesquisa. Desta forma, pode afirmar-se que existe hoje um termo novo (e mais sonante) para um “velho” direito.

Palavras-chave: Direito a ser esquecido; dados pessoais; Internet; motores de pesquisa.

Abstract

With the recent technological development, we have been witnessing a progressive loss of control over our personal information. Whether it is the speed in which it spreads over the internet or the permanent storage of information on cloud services, the means by which our personal information escapes our control are vast. Inevitably, this situation allowed serious violations of personal rights.

The necessity to reform the European policy for protection of personal information is emerging, in order to adapt to the technological era we live in.

Granting individuals the ability to delete their personal information, mainly the information which is available on the Internet, is the best solution for those whose rights have been violated. However, once supposedly deleted from the website the information is still shown in search engines.

In this context, “the right to be forgotten in the internet” is invoked. Its implementation will result in the possibility for any person to delete and stop its personal information from being spread through the internet in any way, especially through search engines directories. This way we will have a more comprehensive control over our personal information in two ways: firstly, by allowing individuals to completely delete their information from any website and cloud service and secondly by limiting access of search engines to the information. This way, it could be said that a new and catchier term has been found for an “old” right.

Keywords: Right to be forgotten; personal information; Internet; search engine;

Introdução

Assistimos atualmente a uma peça de teatro repleta de atores (milhões!) por todo o mundo, cujo guião foi escrito (e continua a sê-lo) por todos eles e em que as condições de atuação em palco foram proporcionadas pelas tecnologias.

Os cartazes publicitários estão em todo o lado e os convites para participar nessa peça são cada vez menos formais e em maior quantidade. A peça chama-se: “Morte da privacidade”. Já entrou em cena hoje?

A Internet, e de certa forma toda a tecnologia, trouxe consigo benefícios incalculáveis à humanidade que se repercutem nas mais variadas áreas da nossa vida. No entanto, à semelhança das rosas, também a Internet tem os seus espinhos. Estes são os riscos, muitas vezes invisíveis, da sua utilização. Neste sentido, a Internet assume-se como sinónimo de dois antónimos: progresso e retrocesso. Progresso ao nível da evolução tecnológica, das comunicações, da partilha de informação, da quebra do isolamento, do progresso científico e ainda da promoção de certos direitos fundamentais: liberdade de expressão e liberdade de informação. Retrocesso, em maior dimensão, ao nível da privacidade¹ e ao nível do controlo dos nossos dados pessoais.

Com efeito, a Internet possibilita não só um acesso fácil e generalizado² às informações pessoais publicadas na Internet como também permite, atendendo à sua enorme capacidade de armazenamento, uma infinita difusão da mesma através de cópias. Estes fatores levaram a uma acentuada queda no controlo³ dos

¹ Ou nas palavras de ANNE S. Y. CHEUNG, [“Rethinking Public Privacy in the Internet Era: A study of virtual Persecution by the Internet Crowd” in *Journal of Media Law*, vol.2, 2009, p.192], a internet veio exigir um reexame do conceito de privacidade.

² O acesso à Internet é possível em (quase) todo o lado, ressalvando-se os casos em que o acesso às telecomunicações é muito controlado ou escasso ou quando as próprias autoridades criam barreiras ao seu acesso, como forma de o limitarem (ex. os governos da Coreia do Norte, da China, de Cuba e da Rússia).

³ Segundo AVISHAI MARGALIT, *La Sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997 cit. por LUIS JAVIER MIERES MIERES, *El derecho al olvido digital*, disponível em <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido->

nossos dados e consequentemente no aumento da violação dos direitos e liberdades dos cidadãos⁴. É neste sentido que se fala em “death of privacy”. Esta quebra do controlo dos dados pessoais é devida não só aos responsáveis pelo tratamento dos mesmos, principalmente pela atividade de indexação dos dados pessoais desenvolvida pelos motores de pesquisa, como também aos próprios titulares dos dados ao publicarem voluntariamente informações acerca si mesmos em *blogs* ou redes sociais⁵.

Ao promoverem a indexação dos nossos dados pessoais existentes na rede, os motores de pesquisa possibilitam o acesso a informações por parte de uma quantidade muito superior de pessoas que de outra forma não chegariam a essa informação (porque por exemplo, não conheciam o *site* da faculdade, ou não tinham conhecimento de que aquela pessoa tinha *facebook*, ou ainda porque não sabiam o dia ou o jornal exato em que fora publicada uma notícia sobre determinada pessoa). Efetivamente, ao escrevermos o nome de alguém em motores de pesquisa como a *Google* ou a *Yahoo*, estes apresentam-nos imediatamente uma lista em que constam todos os *sites* em que o nome pesquisado aparece, sejam eles redes sociais ou *blogs*, jornais *online* onde constem notícias sobre essa pessoa (ou sobre alguém com o mesmo nome), e até mesmo o *site* da faculdade ou escola em que estudou por via de pautas (de notas, inscrições ou turmas) lá publicadas⁶.

Já no que diz respeito à perda do controlo resultante de atos praticados pelos próprios reclamantes da privacidade perdida, o exemplo mais óbvio é a publicação de informações pessoais nas redes sociais. Cada vez mais assistimos a uma maior ânsia em partilhar informação sobre nós próprios com os outros, seja

digital, p.10, o controlo neste contexto assume-se como uma manifestação de liberdade, na medida em que assumir o controlo sobre os nossos dados pessoais permite uma oportunidade de começar de novo, de iniciar uma vida desligada do passado e dos preconceitos que este poderia acarretar.

⁴ MANUEL JANUÁRIO GOMES, “O problema da Salvaguarda da Privacidade antes e depois do computador”, in *Boletim do Ministério da Justiça* nº319, outubro de 1982, p.46.

⁵ LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, “A proteção de dados pessoais e a Internet” in *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº33, Septiembre-Diciembre 2013, p.141.

⁶ Procedendo à junção de toda a informação disponibilizada acerca de uma pessoa, torna-se fácil proceder à elaboração ou reconstituição de “perfis” dos cidadãos, como por exemplo o seu perfil de consumidor.

publicando fotografias, seja partilhando gostos ou ideologias através de ideias ou vídeos divulgados ou, até mesmo, publicando as tarefas e atividades mais banais do dia-a-dia⁷. As redes sociais assemelham-se, pois, a diários secretos sem chave.

Neste sentido, é mesmo possível afirmar que nem Bentham alguma vez imaginou um Panóptico⁸ tão eficaz como a Internet, em que os próprios presos se viravam para a “câmara”(para o observador central segundo a ideia original) a sorrir.

Perante esta situação, surgiu a necessidade de criar maiores garantias contra o tratamento e a utilização abusiva de dados pessoais informatizados. Tal traduziu-se numa intensificação da criação e concretização de direitos na esfera jurídica das pessoas em matéria de proteção de dados, integrando estes o chamado “direito à autodeterminação Informativa”. Foi neste contexto de desespero em reaver o controlo sobre os dados pessoais que se começou a falar no “Direito a ser esquecido” na Internet, como o direito a que os dados pessoais ou a nossa “pegada digital” fossem suprimidos dos *sites* onde estejam inseridos, bem como das listas de resultados fornecidas pelos motores de pesquisa perante a pesquisa através do nome do “procurado”.

À semelhança dos jogos coletivos em que temos duas equipas e portanto duas claques, também o direito a ser esquecido se traduz num confronto entre direitos que leva a assistência a repartir as suas apostas. De um lado, temos os direitos à privacidade/reserva da vida privada, à identidade pessoal, à honra, ao livre desenvolvimento da personalidade humana e à proteção de dados que aplaudem ferverosamente o direito a ser esquecido. Do outro, temos o direito à

⁷ Como “Estou a comer χ ”, “Hoje vou ao cinema. Alguém quer vir?”, “Estou no concerto χ em Lisboa com as pessoas Y e Z”.

⁸ O panóptico foi um projeto de prisão circular desenvolvido pelo jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham nos finais do Séc.XVIII, que se baseava na ideia de as prisões serem circulares de forma a que um observador central pudesse ver todos os locais onde houvesse presos para desta forma ter um maior controlo sobre eles. Este projeto foi depois desenvolvido por Foucault ao escrever sobre a adaptação das novas tecnologias de comunicação e informação ao fim visado de vigilância. O desenvolvimento deste conceito levou a que em meados dos anos 90 outro filósofo francês, Gilles Deleuze, tenha afirmado que isso serviu de base à criação de uma Sociedade de Controlo. Informação consultada em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Panóptico> no dia 21 de novembro de 2014.

informação (em todas as suas vertentes) e o direito à liberdade de expressão que têm interesse em que a informação permaneça disponível, eternamente, e para o maior número de pessoas.

Neste jogo de direitos, deve procurar obter-se um equilíbrio entre “the right not to be confronted with the past and the (social and scientific) requirements for preserving collective memory.”⁹

A ocorrência de um evento, aliada ao espalhamento que dele se fez por toda a comunicação social, fez despertar o meu interesse pelo tema: o TJUE tinha reconhecido pela primeira vez, a 13 de maio de 2014, a existência de um suposto direito a ser esquecido, baseando-se na diretiva 95/46/CE relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Conjugando esta decisão com a existência de uma proposta de Regulamento desde 2012, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que prevê expressamente um direito a ser esquecido, questionei-me se o direito a ser esquecido já existe de facto ou se, ao invés, é uma realidade criada pela referida proposta de Regulamento. Desta forma, proponho-me a obter uma resposta a esta questão no final deste trabalho.

Com vista a alcançar o fim visado, grande parte do meu trabalho incide sobre a análise do regime vigente da Proteção de dados a nível europeu e nacional (a Lei nº67/98 de 26 de outubro que transpõe a diretiva anteriormente referida para o nosso OJ), focando-me, essencialmente, no estudo dos direitos dos titulares dos dados pessoais, procurando identificar, entre estes, a existência de um direito a ser esquecido. Da mesma forma, analiso a proposta de Regulamento, procurando evidenciar as alterações que esta promete em matéria

⁹ LILIAN MITROU e MARIA KARYDA, “EU’s Data Protection Reform and the Right to be forgotten – A legal response to a technological challenge?”, disponível em: www.academia.edu/5350559/EU_s_Data_Protection_Reform_and_the_right_to_be_forgotten_-_A_legal_response_to_a_technological_challenge, p.16.

de direitos dos titulares dos dados, ao regime vigente e, principalmente, procuro concretizar o conteúdo do “Direito a ser esquecido” previsto no seu art.17º.

Ao longo do trabalho procuro averiguar a existência de outras vias, para além da via legal, pelas quais o direito a ser esquecido pode ser efetivado e de que forma. Ambiciono ainda determinar a importância deste direito no âmbito dos direitos de personalidade.

Por fim, pretendo enumerar um conjunto de critérios a ter em consideração perante a existência de conflito entre o direito a ser esquecido e outros direitos, designadamente o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de informação.

1. Direito a ser esquecido – Considerações iniciais

1.1. Origem

O direito a ser esquecido teve as suas raízes no “The right to oblivion” (ou em francês: droit à l’oubli)¹⁰. Este era mais direcionado à possibilidade de “limpar o cadastro criminal”. Traduzia-se num direito que podia ser invocado por antigos reclusos que tinham já cumprido a sua sentença, pelo que o seu nome não deveria permanecer associado àquele ilícito na medida em que isso poderia dificultar ou impedir a sua completa reinserção na sociedade.

A decisão que é geralmente apontada como a primeira a reconhecer, de certa forma, este direito, coube ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – o caso “Lebach I”¹¹. O caso teve origem num documentário que iria ser emitido no canal televisivo público “ZDF” referente a um episódio ocorrido alguns anos antes em que haviam sido assassinados quatro soldados numas instalações militares. Neste documentário seriam mencionados os nomes dos autores do crime e seria representado por atores de semelhança física com os autores reais, inclusive seriam revelados detalhes da relação dos condenados entre si, apontando para relações homossexuais entre eles. Um dos três responsáveis pelo crime, *Lebach*, foi condenado a uma pena de prisão de seis anos e estava, no momento em que soube do documentário, a cumpri-la. Perante a possibilidade de emissão do referido documentário recorreu ao Tribunal Constitucional com vista a impedir a sua emissão. O tribunal decidiu a favor do recorrente, invocando que a emissão do documentário afetaria, de maneira grave, o livre desenvolvimento da personalidade humana, devido ao efeito de estigmatização que iria provocar na esfera jurídica daquele indivíduo equivalente a uma “nova sanção social” e impediria a reintegração do mesmo na sociedade. Concluiu,

¹⁰ DAVID LINDSAY, “The “right to be Forgotten”” in *Emerging Challenges in Privacy Law – Comparative Perspectives* Cambridge University Press, 2014, p.302.

¹¹ Esta decisão de 5 de junho de 1973, referente ao caso Lebach, pode ser consultada, na língua inglesa, em: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm>.

assim, que dever-se-ia dar prevalência à importância da ressocialização do ex-recluso face ao direito à liberdade de expressão.

Com o decorrer do tempo e com o crescimento ao nível tecnológico surgiram novos desafios a este direito, pelo que o mesmo teve de ser alargado a outras situações.

De facto, num mundo digital onde a memória não é enfraquecida naturalmente com o passar do tempo, surge a necessidade de adotar medidas com vista a provocar o esquecimento forçado.

Surgem preocupações acerca do futuro da autodeterminação e da autonomia das pessoas face à ameaça persistente do seu passado digital¹². A memória digital persistente assume-se como uma corrente que liga uma pessoa ao seu passado, impossibilitando muitas vezes um recomeço de vida. Transpondo esta situação para um caso banal da vida quotidiana, poderíamos dizer que, tal como quando vamos fazer compras ao supermercado é habitual, na escolha de um produto, termos em conta o seu rótulo, também é possível, agora (e muito frequente, aliás), um empregador, antes de proceder à contratação, utilizar a Internet como forma de traçar o perfil dos candidatos e desta forma tomar uma decisão mais consciente. Assim, a sombra do passado na Internet pode subtrair oportunidades a essa pessoa (não só ao nível do emprego mas também ao nível, por exemplo, da concessão de crédito) e isso é muito preocupante.

Um exemplo dado por MAYER-SCHONBERGER¹³ é o caso de uma estudante aspirante a professora, Stacy Snyder, que terá publicado, na sua página “*My Space*”, uma fotografia sua com um chapéu de pirata a beber num copo de plástico com a menção “pirata bêbada”, a quem, por esse motivo, foi recusada a licenciatura.

Aliado ao problema da memória persistente, existe também um outro conexo: a descontextualização da informação. A partir do momento em que uma

¹² DAVID LINDSAY, *ob.cit.*, p.294

¹³ *Delete: The virtue of forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, 2009, pp.1-2, cit. por DAVID LINDSAY, *ob.cit.*, p.294.

informação é publicada na Internet, múltiplas cópias dessa informação podem ser utilizadas nos mais variados contextos. Essa descontextualização é mais acentuada devido à atividade de indexação dos motores de pesquisa, pois, ao apresentar a lista de *sites* em que consta o nome da pessoa pesquisada, aparece apenas o título e um pouco do artigo em que se situa o nome, pelo que uma simples citação num artigo pode associar o nome daquela pessoa (que apenas pode lá constar por estar a ser citada) ao artigo completo ou, ainda, um simples “tagg” numa fotografia partilhada numa rede social associa a pessoa “marcada” à fotografia, ainda que ela não esteja lá representada.

Neste trabalho interessa fundamentalmente falar deste direito no âmbito da Internet. Assim, uma primeira definição deste direito poderia ser a de que é o direito pelo qual uma pessoa requer a sua “morte digital” ou, não adotando uma expressão tão dramática, requer o seu esquecimento na Internet.

O direito a ser esquecido mexe com determinados direitos fundamentais, nomeadamente com o direito à liberdade de informação e o direito à liberdade de expressão (encontrando-se inserida nesta a liberdade de imprensa). A concorrência é renhida se considerarmos o direito a ser esquecido como sendo um direito fundamental. E outra não pode ser a sua natureza. O direito a ser esquecido apresenta-se claramente como um direito fundamental, dada a sua inserção no direito à proteção de dados pessoais (art.35ºCRP). De seguida, procurarei delimitar os aspetos essenciais dos direitos que considero que estão em claro conflito com o direito a ser esquecido e, posteriormente, avançarei para a inserção deste direito no direito geral à proteção de dados.

1.2. Direitos atingidos

1.2.1. Direito à liberdade de expressão e Direito à liberdade de Informação

*“Private information is practically the source
of every large modern fortune”*

Oscar Wilde in “An ideal husband”

O direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de informação estão contemplados tanto ao nível europeu como nacional. Vêm previstos, designadamente, no art.11º¹⁴ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no art.10º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). Internamente, o direito à liberdade de expressão e informação é um direito constitucionalmente garantido pelo art.37º.

O direito à liberdade de expressão pode ser encarado como um “direito mãe”¹⁵ na medida em que engloba um conjunto de direitos, desde a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (art.37/1º CRP), o direito de resposta (art.37/4º) ou o direito de liberdade de imprensa (previsto no art.38/1)¹⁶.

O direito à liberdade de expressão [de pensamento] traduz-se no direito a “difundir por qualquer meio e diante de qualquer auditório os pensamentos, ideias, opiniões, independentemente do seu conteúdo”¹⁷. Compreende assim duas dimensões: a dimensão substantiva, que se caracteriza na liberdade de pensar, formar as suas opiniões e exteriorizá-las, e a dimensão instrumental, que

¹⁴ Segundo o qual, “todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras”.

¹⁵ JÓNATAS E. M. MACHADO, “Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra STVDIA IVRIDICA*, 65, Coimbra Editora, 2002, p.372.

¹⁶ *Ibidem.*, p.372.

¹⁷ JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUES, *Derecho de Daños*, 3ª edição, Bosch, Barcelona, 2009, p.336.

compreende o direito de aceder e utilizar os diversos meios aptos à divulgação do pensamento.¹⁸

O direito à informação consiste em apreender ou dar a conhecer factos e notícias e compreende três vertentes ou sub direitos¹⁹: o direito a informar, que consiste no direito de prestar informações aos outros, o direito de ser informado que se traduz na possibilidade de o indivíduo aceder às informações e o direito a se auto informar²⁰ que compreende a faculdade de pesquisa da informação. O direito à informação é, sem dúvida, um direito indispensável para a evolução do ser humano na medida em que a informação possibilita que os cidadãos formem as suas opiniões e contribui, não só para a tomada de decisões de forma mais segura e acertada, como para a construção de críticas fundamentadas.

Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros²¹, estes direitos podem ser exercidos mediante qualquer meio, seja através de palavras (orais ou escritas), imagens ou filmes (ou qualquer outro meio audiovisual), do silêncio ou do ciberespaço. De facto, a disponibilização da informação na Internet através da sua publicação é uma forma de exercício dos direitos de liberdade de expressão e liberdade de informação (na sua vertente de “informar”). Da mesma maneira, poder aceder a esses conteúdos é uma forma de exercer o direito à informação (nas suas vertentes de “ser informado” e de se “auto informar”).

A CRP proíbe qualquer forma de censura a estes direitos (art.37/2º) e qualquer impedimento ou discriminação (art.37/1, última parte). No entanto, como qualquer direito, estes direitos podem ser objeto de restrição²². Efetivamente, conseguimos encontrar restrições expressas a estes direitos,

¹⁸ Ibidem., p.417.

¹⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada* – Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p.429

²⁰ Este direito a se informar compreende a proteção do acesso a um conjunto de fontes geralmente acessíveis. Estão excluídas deste direito as informações obtidas mediante violação da privacidade, do domicílio, do direito de propriedade, etc. Entre as fontes geralmente acessíveis encontram-se a imprensa, a rádio, a televisão, o vídeo e a Internet e entre as informações não acessíveis estão a correspondência, as telecomunicações ou as bases de dados pessoais. - JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob.cit.*, pp.480-483.

²¹ *ob.cit.*, p.429.

²² JORGE J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* – Volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp.573 e 574.

designadamente a limitação quanto à afixação de cartazes ou manifestações em locais públicos, as restrições impostas pelo segredo de justiça (art.20/3ºCRP) e pelo segredo de Estado (art.164º/q CRP). É ainda possível restringir os direitos à liberdade de expressão e de informação em caso de conflito entre estes e outros direitos (como o direito à reserva da intimidade da vida privada, à imagem, ao bom nome ou mesmo o direito a ser esquecido) após uma ponderação entre eles.

1.2.2. Liberdade de imprensa

Intimamente relacionado com o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação, encontra-se o direito à liberdade de imprensa, que optei por separar dos anteriores dada a sua inserção num artigo autónomo na nossa CRP— o art.38º. A liberdade de imprensa procura garantir tanto a liberdade de expressão dos jornalistas como o acesso dos mesmos às fontes de informação²³. O âmbito de proteção conferido por esta norma vai desde a atividade da recolha de informações, notícias ou opiniões, até à sua publicitação²⁴.

Os meios de comunicação são, segundo J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os “veículos” da liberdade de expressão e informação e, portanto, beneficiam de todo o regime constitucional destes direitos. Contudo, quando estes funcionem como suportes de atividades publicitárias ou de entretenimento, os meios de comunicação não beneficiam desta “proteção qualificada”.

A lei não é clara relativamente ao conceito de imprensa. Os autores²⁵ têm discutido a existência de um conceito restrito e de um conceito amplo de imprensa. No primeiro, caberia apenas a imprensa escrita em papel (comunicação impressa) como os jornais e as revistas; no segundo, caberiam

²³ PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, p. 567.

²⁴ JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob.cit.*, p.504

²⁵ JORGE J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p.581 e JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob.cit.*, pp.506-510

todos os meios de comunicação social independentemente da sua natureza, dos processos técnicos ou da existência de estruturas que lhes sirvam de suporte, estando portanto a edição *online* aqui integrada. Deve optar-se pelo sentido amplo, não só pelo facto de o artigo 38/5 mencionar expressamente a rádio e a televisão, mas também tendo em conta que, atualmente, é pela Internet que a circulação das notícias e informações se inicia.

O direito à liberdade de imprensa confere, desde logo, um direito à liberdade de atuação, mas também um conjunto de direitos aos jornalistas²⁶ (tendo em conta o seu papel central em todo o processo da comunicação), designadamente o direito à liberdade de expressão e de criação²⁷, direito privilegiado na recolha de informações^{28 e 29}, direito à proteção do sigilo profissional, que procura garantir que o jornalista não seja prejudicado quando não revele as fontes de informação quando a isso está obrigado pelo segredo profissional³⁰, direito à proteção da independência profissional³¹ ou direito de intervenção na orientação editorial do órgão de informação em que trabalhem³². Contempla, ainda, um direito de criação de jornais ou de quaisquer outras publicações³³. O direito à liberdade de Imprensa integra, também, uma exigência de independência perante o poder político e o poder económico³⁴.

²⁶ Ver conceito de “jornalista” no art.1/1 da Lei nº1/99, de 13 de janeiro, relativa ao Estatuto do Jornalista.

²⁷ Cfr. art.38/2-a) CRP.

²⁸ Cfr. art.38/2-b) CRP.

²⁹ Para um aprofundamento deste direito, ver JÓNATAS E. M. MACHADO, *ob.cit.*, p.546-579.

³⁰ Cfr. art.38/2-b) CRP.

³¹ Cfr. art.38/2-b) CRP.

³² Cfr. art.38/2-a) CRP.

³³ Cfr. art.38/2-c) CRP.

³⁴ Cfr. art.38/4 CRP.

2. Proteção de dados pessoais – Consagração do Direito à autodeterminação informativa

O direito à autodeterminação Informativa foi reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1983³⁵ e tem por base o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, incidindo, contudo, diretamente na proteção dos dados pessoais³⁶. Traduz-se, assim, no direito que assiste aos cidadãos na “proteção dos seus dados pessoais, oponível contra o Estado, como instrumento de defesa, na proteção da sua privacidade informacional”³⁷, manifestando-se esta defesa, fundamentalmente, na possibilidade de aceder, determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais³⁸.

Neste ponto do trabalho, procurarei, em primeiro lugar, traçar o regime da proteção dos dados pessoais, incidindo fundamentalmente na identificação dos direitos que assistem aos titulares dos dados e nos princípios existentes, a nível nacional e europeu (baseando-me na diretiva 95/46/CE), seguindo-se uma análise à proposta de Regulamento sobre a proteção dos dados pessoais que se apresenta como o “futuro” nesta matéria. Ao longo desta apresentação, pretende-se identificar de que forma o direito a ser esquecido está presente no direito à proteção de dados e qual a sua efetividade.

³⁵ Reconhecido pelo Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 15 de dezembro de 1983 (BVerfGE 65, 1 –Volkszählung). Discutia-se se a recolha de dados pessoais pelo poder público, autorizada pela lei do censo, se conferia garantias de que as informações fossem apenas utilizadas atenta a finalidade da lei, bem como se garantia o anonimato dos titulares das informações. Declarou então, o tribunal, a existência do direito à autodeterminação informativa tendo este por base os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade. – TATIANA MALTA VIEIRA, *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*, p.27, disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf.

³⁶ CATARINA SARMENTO E CASTRO, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf, p.7.

³⁷ ANA MARIA NEVES DE PAIVA NAVARRO, “O Direito fundamental à Autodeterminação Informativa”, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>, pp.1-2.

³⁸ JORGE GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, coimbra, 2003, p.515.

2.1. Enquadramento normativo histórico

Neste ponto, proponho-me apresentar, em traços gerais, o desenvolvimento normativo deste direito.

O direito à proteção dos nossos dados pessoais não é um direito recente.

É comum atribuir a origem do movimento legislativo da Proteção de dados à Resolução 509³⁹, emitida pela Assembleia do Conselho Europeu em 1967, sobre “Os direitos humanos e os novos desenvolvimentos científicos e técnicos”⁴⁰. No entanto, foi em 1970 que foi aprovada, no Estado Alemão do Hesse, a primeira Lei específica de proteção de dados pessoais. Muitos países europeus seguiram esta tendência. Assim por exemplo, a Suécia aprova uma Lei no mesmo sentido em 1973; Portugal consagra o direito à proteção de dados no art.35º da Constituição da República Portuguesa (CRP), tendo sido a primeira Constituição do mundo a prevê-lo⁴¹, em 1978 a França aprova a “Lei de informática, ficheiros e liberdades” e a Dinamarca aprova duas leis, sendo uma acerca de registos privados e outra sobre registos públicos e a Áustria aprova a Lei de proteção de dados. Um ano depois, o Luxemburgo aprova uma Lei que regula a utilização de dados em tratamentos informáticos ⁴².

Do outro lado do Atlântico, esta tendência também foi marcante. Os Estados Unidos da América publicam os “*Fair Information Practice Principles*”(1973)⁴³, cujos princípios serviram de base para textos europeus, e também o “*Privacy Act*” (em 1974) ⁴⁴.

³⁹ JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, “Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro”, disponível em: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada15/2_PINAR_1.pdf, p.2.

⁴⁰ Esta resolução surgiu a partir de um estudo feito por uma comissão consultiva constituída pelo Conselho Europeu, sobre as tecnologias de informação e a sua potencial agressividade aos direitos das pessoas.

⁴¹ INÊS OLIVEIRA ANDRADE DE JESUS, “O Novo Regime Jurídico de Proteção de Dados Pessoais na Europa”, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/7039.pdf>, pp.1-3.

⁴² JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, *ob.cit.*, p.3.

⁴³ Este traduziu-se num código de boas práticas que compreendia os princípios que deveriam reger o uso da informação, entre esses princípios constavam a proibição de existência de bases de dados secretas, reconhecia-se o direito de acesso e retificação dos dados pessoais e o respeito pelos princípios da finalidade e da qualidade dos dados.

⁴⁴ Neste sentido, INÊS OLIVEIRA ANDRADE DE JESUS, *ob.cit.*, pp.1-3 e JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, *ob.cit.* p.3.

A partir daqui podemos encontrar este direito previsto em diversas normas europeias, nomeadamente, nas “Linhas diretrizes para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais”, elaboradas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) em 1980; na Convenção do Conselho da Europa para a proteção das Pessoas relativamente ao tratamento automatizado de Dados de Caráter Pessoal de 1981 («Convenção 108»); na Recomendação nº R (87) 15 emitida pelo Conselho da União Europeia em 17 de setembro de 1987; a Diretiva 95/46/CE⁴⁵ — que foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei nº67/98 de 26 de outubro —; no Regulamento nº 45/2001/CE relativo à proteção das pessoas singulares no que se refere ao tratamento de dados pessoais pelas Instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados; na Diretiva 2002/58/CE⁴⁶ relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas; no art.16º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e no art.8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ambos consagrados pelo Tratado de Lisboa.

2.2. Conceito

Podemos encontrar a definição de dados pessoais desde logo no art.2º/a) da Convenção 108, referindo-se a dados de caráter pessoal como toda e “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou suscetível de identificação”. Entre nós, a Lei nº10/91, de 29 de abril⁴⁷ (referente à Proteção de Dados Pessoais face à Informática) já adotara a definição prevista na referida Convenção acrescentando o que se entende por pessoa identificável para efeitos

⁴⁵ Esta diretiva constitui o instrumento principal da atual legislação da União Europeia em matéria de Proteção de Dados, tendo a sua criação tido em conta dois objetivos principais: proteger o direito fundamental à proteção de dados (objetivo já visado pela Convenção 108) e garantir a livre circulação desses dados entre os Estados-membros.

⁴⁶ Alterada pela Diretiva 2006/24/CE que diz respeito à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações e pela Diretiva 2009/136/CE.

⁴⁷ Foi revogada pela Lei nº67/98 de 26 de outubro.

desta definição. Mais tarde, a Diretiva 95/46/CE, adotou precisamente no seu art.2º/a), a definição prevista na Convenção, acrescentando, porém, o que se entende por pessoa identificável para efeitos deste conceito, divergindo nesta parte da Lei que vigorava entre nós na altura. A Lei nº67/98 de 26 de outubro, que transpôs a diretiva e revogou a Lei nº10/91, adotou a definição constante daquela. Daqui resulta que dados pessoais englobam todas as informações⁴⁸, independentemente da sua natureza ou suporte (incluindo-se aqui o som e a imagem) relativas a uma pessoa identificada ou identificável⁴⁹ («o titular dos dados»).

Entre nós, a CRP optou por não definir dados pessoais, remetendo no seu art.35/nº2 para “a lei”. Posso presumir que este número dava já a entender a intenção de criar uma Lei de Proteção de Dados Pessoais. Apesar de não conter a definição, a norma constitucional abrange no seu conteúdo, concretamente no nº1, quatro poderes que visam a proteção dos dados pessoais⁵⁰: o poder de conhecer os dados pessoais que estão a ser tratados, o poder de conhecer a finalidade do tratamento, o poder de exigir a sua retificação e o poder de exigir a sua atualização. Acresce, ainda, o direito, que assiste a todos, de aceder livremente às redes de uso público (consagrado no nº6 da referida norma).

Consagrados tanto na Diretiva⁵¹ e na LPDP⁵², que a transpôs, como no art.35º da CRP, estão os chamados Dados sensíveis ou “Dados Pessoalíssimos”⁵³. Esta categoria de dados pessoais engloba os dados que, pela sua natureza, são suscetíveis de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à reserva da intimidade da vida privada e que por isso não devem, à partida, ser alvo de

⁴⁸ Subentenda-se qualquer informação numérica, alfabética, fotográfica, gráfica ou de qualquer outro tipo.

⁴⁹ Entendendo-se que é identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, através de meios razoáveis suscetíveis de ser utilizados. Tal resulta da conjugação do que é referido na definição dada pela diretiva 95/46/CE, pela lei nº67/98 e pelo considerando nº26 da mesma diretiva.

⁵⁰ JORGE BACELAR GOUVEIA, “Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados” in separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51-III, Dezembro, 1999, Lisboa, pp.718-719.

⁵¹ No art.8º - “Tratamento de certas categorias específicas de dados”.

⁵² No art.7º- “Tratamento de dados sensíveis”.

⁵³ Esta designação é adotada por JORGE BACELAR GOUVEIA, *ob.cit.*, p. 725.

tratamento. Entre estes, encontram-se dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, à filiação partidária ou sindical, à fé religiosa, que revelem a origem racial ou étnica, referentes à vida privada, e, ainda, dados relativos à saúde e à vida sexual. Acrescentaria a esta definição a palavra “contexto”, ou seja, são sensíveis, os dados que pela sua natureza são suscetíveis de proporcionar a tomada de decisões discriminatórias, mas também o são os dados que apesar de a sua natureza não revelar de imediato essa aptidão, revela-o o contexto em que estão inseridos⁵⁴.

2.3. Tratamento de dados pessoais à luz da Diretiva 95/46/CE e da Lei nº67/98 de 26 de outubro

Constituindo o instrumento principal da atual legislação da União Europeia em matéria de Proteção de Dados, basearei o meu estudo acerca do regime de tratamento de dados pessoais na Diretiva 95/46/CE e na Lei nº67/98 de 26 de outubro que a transpôs, incidindo preferencialmente na análise das normas da segunda.

2.3.1. Princípios estruturantes

2.3.1.1. Princípio da finalidade

Segundo este princípio, os dados pessoais só podem ser utilizados, em regra, no âmbito de tratamento de dados para a finalidade concreta definida aquando da sua recolha. Esta, por sua vez, deve ser *determinada*, isto é, deve ser conhecida aquando do início do tratamento, sendo de excluir o tratamento de dados cuja finalidade não seja de todo conhecida pelo titular; *explícita*, não se

⁵⁴ Adotando o exemplo descrito por CATARINA CASTRO em *Direito da informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p.89: “Imagine-se uma listagem de nomes de alguns habitantes de uma cidade, à primeira vista inócua. Mas se esta listagem for constituída apenas pelos nomes que possam estar associados a uma certa origem étnica”. Neste caso, embora à primeira vista não se parece estar perante um dado pessoal sensível, nestas circunstâncias os nomes constantes da lista revelariam características consideradas de especial sensibilidade que poderiam levar a potenciais discriminações.

admitindo o tratamento de dados cuja finalidade seja vaga ou não claramente determinada; e *legítima*, não podendo a finalidade do tratamento ser contrária à lei. Este princípio está previsto no art.5º/1-b da LPDP⁵⁵ e ainda no Art.º 5.º al. b) da denominada Convenção 108.

Contudo, é possível retirar da lei que o tratamento de dados pode ser realizado, posteriormente, para outras finalidades, ressalvando apenas que estas não sejam incompatíveis com a(s) definida(s) aquando da recolha. Na vigência da Lei nº10/91 de 29 de abril, entendia-se que não eram incompatíveis as finalidades que fossem autorizadas pela lei^{56 e 57}. A Lei atual não prevê o que deve ser entendido como finalidade compatível ou não. No entanto, a CNPDP já se pronunciou relativamente a várias situações sobre a existência ou não dessa compatibilidade.⁵⁸ Segundo CATARINA CASTRO⁵⁹, existe compatibilidade quando ao titular dos dados tenha sido possível antecipar que os dados, eventualmente, poderiam vir a ser tratados com aquela nova finalidade; ou ainda, quando o tratamento fosse necessário para o cumprimento de requisitos de proteção de dados resultantes da lei.

Quem tem competência para avaliar se existe ou não compatibilidade entre a nova finalidade e a finalidade para que foram recolhidos inicialmente os dados é a CNPDP, sendo necessária a sua autorização, quando não exista autorização por diploma legal.⁶⁰

⁵⁵ Tal direito já constava da norma transposta (diretiva 95/46/CE) no seu art.6º/1-b).

⁵⁶ Neste sentido pronunciou-se a CNPDP, a título de exemplo, nas deliberações nº16/97 de 08 de Maio e nº 41/96 de 11 de julho, encontrando-se estas nos relatórios de atividade do ano a que correspondem, disponíveis em: <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/1996/htm/del/del041-96.htm> e <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/1997/htm/del/del016-97.htm> respetivamente.

⁵⁷ Noutro sentido, já não dependendo a compatibilidade exclusivamente de uma autorização da lei, veja-se a deliberação nº 11/96 em que estava em causa a possibilidade de a Ordem dos Advogados ceder dados pessoais (nome e domicílio profissional) dos advogados e advogados estagiários, sob a forma de etiquetas autocolantes para a realização de mailings. A CNPDP considerou que poderia haver essa transmissão desde que o objeto fosse compatível com a finalidade do ficheiro e com as atribuições da OA, nomeadamente a divulgação de informações de interesse para a formação dos advogados (palestras, cursos, conferências, concursos, entre outras). Esta deliberação pode ser consultada em: <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/1996/htm/del/del011-96.htm>.

⁵⁸ Algumas destas deliberações estão presentes em nota ao parecer nº 22/2001 desta entidade, disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/ACESSO-BDRE-2001.pdf>.

⁵⁹ CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., p.231.

⁶⁰ Cfr. Art.28/1-d) e 2 da LPDP.

2.3.1.2. Princípio da transparência

Este princípio encontra-se consagrado de forma generalizada no art.2º da LPDP.

Deste princípio resulta, por um lado, que o responsável pelo tratamento de dados pessoais tem o dever de dar a conhecer, ao titular desses dados, que está a realizar esse tratamento, bem como prestar determinadas informações acerca desse tratamento, nomeadamente, sobre os fins do mesmo, a categoria a que os dados que estão a ser tratados pertencem, o período de conservação dos dados e qualquer outra informação relevante do mesmo⁶¹ e ainda de permitir o acesso⁶² a esse tratamento de dados ao titular dos mesmos.

Por outro lado, resulta, ainda, deste princípio, o dever do responsável de notificar a CNPDP para efeitos de registo ou autorização para o tratamento de dados. A CNPDP pronunciou-se também algumas vezes quanto a esta matéria⁶³.

2.3.1.3. Princípios relativos à qualidade dos dados

Para que o tratamento dos dados pessoais seja legítimo deve ser assegurada a qualidade dos dados, ao longo de todo o processo de tratamento.

Os dados pessoais devem, em primeiro lugar, ser tratados de forma lícita, obedecendo, o tratamento, às regras nacionais, europeias e internacionais a que está submetido (“Princípio da licitude “ previsto no art.5/1-a); devem também ser

⁶¹ Este princípio, nesta vertente, encontra-se associado ao direito/dever à informação a que me referirei no mais adiante do trabalho.

⁶² Está aqui patente o direito de acesso aos dados pessoais que estão a ser tratados pelo seu titular. Também este direito será referido no presente trabalho.

⁶³ Veja-se a título de exemplo a deliberação nº 32/2003 que constam do relatório de atividades de 2003. A mesma resultou de uma queixa proferida pela mãe de um aluno, cujo nome e fotografia foram divulgados pelo *site* do estabelecimento de ensino, sendo que a mesma divulgação não tinha sido autorizada. Tendo em conta que era possível não só a visualização mas também a cópia e a impressão desses dados e o facto de estarem ainda disponibilizava informações relativas a realizações levadas a cabo pela escola, a CNPD entendeu que tanto a privacidade como o direito à imagem dos alunos estava a ser violado. Este relatório está disponível em: http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/RELATORIO_03_04.pdf, pp.127e128.

idóneos a prosseguir as finalidades para que são recolhidos (“Princípio da adequação”), pertinentes quanto a essas finalidades (“Princípio da pertinência”) e não excessivos, sendo necessário aferir, caso a caso, se o tratamento daquele dado pessoal específico, com toda aquela extensão, não ultrapassa o necessário para aquela finalidade (“Princípio da proporcionalidade”)⁶⁴ e ⁶⁵; devem ainda os dados ser exatos, e se necessário atualizados, quando já não correspondam à realidade em que se inserem (“Princípio da exatidão e atualização dos dados” previsto no art.5/1-d da LPDP).

2.3.1.4. Princípio da limitação da conservação dos dados no tempo⁶⁶

Segundo este princípio, consagrado no art.5º/1-e da LPDP, uma vez satisfeita a finalidade para que foram recolhidos e tratados os dados, estes devem ser eliminados⁶⁷, ressalvando-se os casos referidos no nº2 do mesmo artigo, nomeadamente quando existam fins históricos, estatísticos ou científicos que justificam a sua conservação por um período de tempo superior⁶⁸. A CNPDP pronunciou-se acerca deste princípio algumas vezes⁶⁹.

⁶⁴ A CNPDP pronunciou-se várias vezes acerca deste princípio. No relatório de 2001/2002, considerou que em matéria de tratamento de dados estatísticos por parte do Instituto Nacional de Estatística, apenas deveriam ser tratados os dados pessoais que fossem essenciais às finalidades estatísticas, pelo que em matéria de dados pessoais relativos à identificação, o tratamento deveria ser feito apenas quando fosse realmente necessário. Ressalvou ainda que em caso de o tratamento ser efetivamente feito, os dados pessoais deveriam ser de imediato, tornados anónimos quando terminassem as operações de recolha, controlo e comparação e apagados quando deixassem de ser necessários. Este relatório poderá ser consultado no ponto 9 da 2ª parte referente ao ano de 2001 em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat01-02.htm>.

⁶⁵ O “princípio da adequação, pertinência e proporcionalidade” está consagrado no art.5/1-c da LPDP.

⁶⁶ Seguindo a designação dada por HELENA MONIZ, “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 7, Fascículo 2º, Abril-junho de 1997, pp.264-265.

⁶⁷ Este princípio estava já consagrado no art.5/e) da Convenção nº108: “Os dados de carácter pessoal que sejam objeto de um tratamento automatizado devem ser: e) Conservados de forma que permitam a identificação das pessoas a que respeitam por um período que não exceda o tempo necessário às finalidades determinantes do seu registo.”.

⁶⁸ Sendo necessário para o efeito requerimento do responsável pelo tratamento e posterior autorização da CNPDP.

⁶⁹ Em 1995, a Comissão definiu como princípios gerais que o período de conservação deve ser definido tendo em conta os princípios da finalidade e pertinência do tratamento de dados, que o início da sua

2.3.2. Admissibilidade do tratamento de dados

Entende-se que por colidir com direitos fundamentais, com maior incidência sobre o direito de personalidade relativo à reserva da intimidade da vida privada, o tratamento de dados só deve ser admissível nos casos previstos pela lei. Estes integram um elenco taxativo na Diretiva 95/46/CE e, consequentemente, na nossa Lei que a transpôs (art.6º).

Em primeiro lugar, surge o consentimento do titular — este deve constituir uma manifestação de vontade livre, específica e informada, podendo a qualquer momento ser revogado, no termos gerais do art.81º do Código Civil (CC)⁷⁰, tendo ainda de se acrescentar que, relativamente ao tratamento de dados considerados sensíveis, o consentimento terá ainda de ser expresso.

Será o tratamento ainda admissível, quando o mesmo seja necessário para a execução de algum contrato - ou para as diligências prévias à formação do mesmo - de que o titular seja parte (al.a), para o cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento está sujeito (al.b); para proteção de interesses vitais do titular dos dados (al.c); por questões de interesse público ou no exercício de autoridade pública, a que o responsável pelo tratamento esteja

contagem deveria ser a cessação da relação contratual estabelecida e ainda que na falta de norma específica para o prazo de conservação de documentos deveria ser aplicável o regime estabelecido no art.40º do Código Comercial, ou seja, 10 anos. Referiu ainda na mesma orientação que existem dados que devem ser conservados enquanto o seu titular estiver vivo e outros que mesmo após o falecimento deste devem ser conservados (como os relativos a acidentes de trabalho mortais), por outro lado os dados subjacentes à gestão de um contrato devem ser conservados apenas enquanto o contrato persistir. Esta orientação consta do relatório de atividade de 1995 disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat95.htm>. Em 2006, no âmbito da definição das orientações para o sector laboral, a Comissão deliberou que a ficha clínica do trabalhador só pode ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspeção-geral de Trabalho, podendo esta ser apenas conservada por um período máximo de um ano após a cessação do vínculo laboral, sem prejuízo da conservação para além daquele prazo por força de obrigação legal (deliberação nº41/2006, entretanto revogada, disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/MedicinaTrabalho-delgeral.pdf>), tendo sido em 2010 atualizada mediante a deliberação nº840, disponível em http://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_840_2010_MED_trabalho_atualizada.pdf, a regra geral passa a ser a de que o prazo máximo para a conservação dos dados pessoais passa a ser de 5 anos.

⁷⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Protecção de dados pessoais e direito à privacidade” in *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p.252.

afeto (al.d); ou, ainda, para “prossecução de interesses legítimos do responsável ou de terceiro, a quem os dados sejam comunicados, quando não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados” (al.e).

Em matéria de dados pessoais sensíveis, também há situações em que é admissível o respetivo tratamento ⁷¹, nomeadamente quando é concedida autorização para o mesmo por disposição legal ou pela CNPD e exista consentimento expresso pelo seu titular ⁷², motivos de interesse público importante o justifiquem, se verifique a indispensabilidade do tratamento desses dados para o exercício das atribuições legais ou estatutárias do responsável pelo tratamento, se verifique a necessidade desse tratamento para proteção de interesses vitais do titular, na eventualidade de os dados já tiverem sido, manifestamente, tornados públicos pelo seu titular e ainda quando este seja necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial. No caso de o tratamento ser efetuado por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, este só será admissível quando haja consentimento para tal do titular dos dados e o tratamento respeite apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades e na condição de os dados alvo de tratamento não serem comunicados a terceiros. Tratando-se de dados referentes à saúde e à vida sexual, o seu tratamento será admitido quando seja necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁷³ considera excessivas as limitações que se fazem aos direitos dos titulares dos dados pessoais, considerando que apenas as alíneas

⁷¹ Cfr. N.º 2 e 3 do art. 7.º da LPDP e do art. 8.º da diretiva.

⁷² Neste sentido, GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 348 e 349.

⁷³ *Protecção de dados...*, cit., pp. 251-252.

c) e d), a par do consentimento do titular, deveriam justificar o tratamento de dados pessoais não sensíveis, ressalvando, ainda, que quanto ao tratamento de dados pessoais sensíveis, também as alíneas c) e d) não deveriam justificar esse tratamento.

2.3.3. Direitos que assistem ao particular em matéria de proteção de dados

A secção II do capítulo II da Lei nº67/98, à semelhança da secção IV da Diretiva 95/46/CE que lhe esteve na base, identifica os direitos dos cidadãos relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. São estes: o direito à informação, o direito de acesso e o direito de oposição.

2.3.3.1. Direito à informação

O **direito à informação** compreende o direito a que o titular dos dados pessoais seja informado acerca da realização do tratamento de dados e de todas as características relevantes a ele inerentes, mesmo antes de este ser feito. Este direito está consagrado no art.10º da LPDP e nos artºs.10º e 11º.

Designadamente: deve ser o titular dos dados informado acerca da identidade do responsável pelo tratamento e/ou do seu representante (alínea a) do nº1 do art.10º da LPDP); das finalidades do tratamento de dados (alínea b) do nº1 do mesmo artigo) sendo que esta informação deve ser renovada, quando a finalidade do tratamento seja alterada pelo responsável pelo tratamento de dados⁷⁴; da identidade dos destinatários ou categorias de destinatários dos dados, devendo esta informação ser renovada, quando a identidade destes seja alterada por via da comunicação de dados a terceiros, sendo esta a ideia que parece estar contida no considerando nº 39 da Diretiva 95/46/CE; acerca do carácter obrigatório ou facultativo da resposta e, ainda, da existência e das

⁷⁴ Neste sentido, CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., p.244.

condições de acesso e de retificação dos dados que estão a ser tratados por forma a garantir ao seu titular um tratamento leal dos mesmos (estando as últimas inseridas na alínea c) do nº1 do mesmo artigo).

O desconhecimento não culposo do tratamento de dados ou de aspetos fundamentais por parte do seu titular implica a ilicitude do mesmo⁷⁵.

Quando a recolha dos dados pessoais é feita diretamente ao seu titular, este dever de informação deve ser cumprido no momento dessa recolha, através dos documentos que sirvam de base à mesma. Já, quando a recolha de dados seja indireta, não sendo estes obtidos junto do seu titular, o dever de informação deve dar-se no momento do registo dos dados ou, estando prevista a comunicação a terceiros, deve dar-se no máximo aquando da primeira comunicação desses dados (nº3 do art.10º da LPDP).

Este dever de informação não se aplica quando todas as informações referidas já forem conhecidas do titular dos dados pessoais (art.10/1 e 3) ou quando o tratamento de dados efetuado tenha exclusivamente finalidade jornalística ou de expressão artística ou literária (art.10/6). Pode ainda ser dispensado, nos termos do nº5 do referido artigo, por lei ou deliberação da CNPD, quando estejam em causa motivos de segurança do Estado ou de prevenção ou investigação criminal; quando, em determinados casos se revelar impossível ou implicar esforços desproporcionados prestar a informação ao titular dos dados, ou, ainda, quando a lei determinar expressamente o registo dos dados ou a sua divulgação⁷⁶.

⁷⁵ *Ibidem*, pp.242 – 243.

⁷⁶ Utilizando os exemplos de CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., p.246, será o caso das obrigações legais de comunicação de dados de saúde dos trabalhadores em caso de acidente de trabalho, das suas remunerações para efeitos fiscais, ou de situações de baixa, para efeitos da segurança social.

2.3.3.2. Direito de acesso (e direitos à retificação, ao apagamento e ao bloqueio dos dados)

O **direito de acesso** está consagrado no art.11º da LPDP, por via da transposição da Diretiva 95/46/CE (concretamente do seu art.12º) e consta ainda do art.8º/2 e 3 da Carta dos Direitos da União Europeia. Compreende não só o direito que o titular tem em conhecer quais os dados a ele referentes estão a ser tratados e, consequentemente, o direito de lhes aceder direta ou indiretamente⁷⁷ — a eles e às informações relevantes inerentes ao tratamento (nomeadamente informações relativas à finalidade desse tratamento, categorias de dados sobre que incide e, ainda, os destinatários a quem são comunicados os dados⁷⁸) — mas também os direitos à **retificação**⁷⁹, ao **apagamento** e ao **bloqueio dos dados** quando o tratamento não cumpra o disposto nesta lei, designadamente quando venha a verificar-se o carácter incompleto ou inexato desses dados⁸⁰. De acordo com o princípio da exatidão e de atualização dos dados, estes devem ser exatos, completos, inequívocos e atuais, no sentido de estarem em consonância com a

⁷⁷ O acesso é direto quando o titular dos dados pode obter por si mesmo, do responsável pelo tratamento, o acesso aos dados pessoais. É indireto quando a comunicação das informações seja necessária a mediação de um terceiro. Se o tratamento incidir em dados pessoais relativos à segurança do Estado ou à prevenção ou investigação criminal, o terceiro pode ser a CNPD ou outra autoridade administrativa independente a quem a lei atribua a verificação do cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais (art.11/2 da LPDP). Nestes casos, mediante pedido à CNPD, esta procurará conhecer as informações referentes ao titular dos dados, procurando verificar se o tratamento de dados está a ser realizado conforme as regras de proteção de dados, comunicando o que lhe for possível comunicar (no sentido em que não prestará informações que possam pôr em causa a segurança ou uma investigação) ao titular dos dados.

⁷⁸ Cfr. Artigo 11º/1-a) da LPDP.

⁷⁹ Segundo JORGE BACELAR GOUVEIA em *ob.cit.*, p.719, a retificação dos dados pessoais abrange operações como a substituição, em que a informação incorreta é substituída pela verdadeira; a supressão, em que se procura eliminar a informação porque simplesmente não há nada a dizer sobre aquele aspeto; e ainda o completamento, traduzindo-se esta operação em completar uma informação que sem aqueles elementos adicionais não é verídica.

⁸⁰ Cfr. Artigo 11º/1-d) da LPDP.

realidade atual.⁸¹ Assim, e citando CATARINA CASTRO⁸², “se as informações constantes de um tratamento são inexatas, devem ser rectificadas, se são incompletas, completadas, se equívocas, clarificadas, se desactualizadas, merecem actualização”. Segundo uma orientação da CNPD de 1997 relativa ao direito de acesso, retificação e eliminação dos dados pessoais⁸³, tratando-se de um direito essencial, o pedido de acesso do particular deve ser respondido num período de tempo reduzido⁸⁴.

Este direito do titular dos dados, quando exercido, implica deveres do responsável pelo tratamento dos dados pessoais: dever de retificar, dever de apagar e dever de bloquear dados pessoais. A construção da norma vai precisamente neste sentido⁸⁵. Desta forma, indo ao encontro da orientação⁸⁶ seguida pela CNPD em 2002, o ónus de atualizar os dados não cabe ao titular dos mesmos, mas sim ao responsável pelo tratamento dos dados. Segundo esta orientação, na eventualidade de o responsável pelo tratamento não proceder à atualização de dados, dando como exemplo o caso do registo de execuções sobre

⁸¹ Nesta linha, pronunciou-se a CNPD em 2001 enfatizando que “Ao direito de correcção deve ser conferido o seu verdadeiro e real alcance, sendo desejável que o sistema informático – por uma questão de actualização de dados (art. 5.º n.º 1 al. d) da Lei 67/98, de 26 de Outubro) e de transparência (art. 2.º da Lei 67/98) – traduza a realidade e o ponto de vista dos interesses em presença: do responsável do ficheiro e do titular dos dados. (...) Se o titular «afirma ter sido vítima de burla», por parte de um agente comercial, tendo feito participação criminal, a simples expressão/qualificação de «crédito litigioso» ou «crédito impugnado pelo cliente» é enganadora na medida em que não especifica a realidade dos factos, nem retrata com rigor o «ponto de vista» do titular dos dados.”. Esta orientação encontra-se publicada no relatório de atividades de 2001, na Parte II relativa aos direitos dos titulares dos dados, mais concretamente no seu ponto 8.3 disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat01-02.htm>.

⁸² CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., p.250.

⁸³ Tal orientação consta do relatório de atividades referente ao ano de 1997, disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat97.htm#1>.

⁸⁴ Segundo a orientação *ibidem*, relativamente ao exercício do direito ao apagamento, o responsável pelo tratamento não deve exceder o prazo de 90 dias, após o pedido, para proceder ao apagamento.

⁸⁵ “Artigo 11º da LDPD - Direito de acesso

1-O titular tem o direito de **obter do responsável** pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos:

d) A retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados.”

⁸⁶ Esta orientação encontra-se publicada no relatório de atividades de 2002, na Parte II (relativa aos direitos dos titulares dos dados), mais concretamente no seu ponto 13 disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat01-02.htm>.

determinados cidadãos, o tratamento desses dados não será autorizado pela CNPD.

Quando não seja voluntariamente cumprido, o direito de acesso é garantido pela CNPD, na medida em que lhe são atribuídos poderes de autoridade por via do art.22/3-b LPDP), podendo ela própria obter a informação solicitada pelo titular dos dados ou a retificação ou atualização dos dados. No caso de a decisão não ser acatada, pelo responsável pelo tratamento de dados, verifica-se uma contraordenação punível nos termos do art.38/1-b) da LPDP.

Tínhamos já, desde 1976, uma manifestação deste direito no art.35/1 da CRP.

Neste direito, nomeadamente nas suas modalidades de direito ao apagamento, retificação e bloqueio de dados, encontramos já uma forte manifestação do direito a ser esquecido⁸⁷, na medida em que os particulares têm a possibilidade de ver os seus dados apagados ou retificados, tornando-os, desta forma, de acordo com a realidade presente, se estes não cumprirem o disposto na LPDP. Isto pode ocorrer, principalmente, no caso de os dados serem já, naquele momento, inexatos ou incompletos⁸⁸, mas também caso sejam tratados de forma ilícita ou com desrespeito pelo princípio da boa-fé⁸⁹, com finalidades diferentes daquelas pelas quais foram recolhidos⁹⁰ ou quando os dados não sejam adequados, pertinentes ou sejam excessivos, tendo em conta a finalidade para que foram recolhidos e posteriormente tratados⁹¹, e ainda porque já não se justifica a sua conservação visto que a finalidade já estava alcançada⁹². O princípio

⁸⁷ O TJUE pronunciou-se também neste sentido, na decisão proferida a 13 de Maio de 2014, no âmbito do processo C-131/12 («Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González»), ao reconhecer o direito a ser esquecido, baseando-se no direito ao apagamento consagrado no art.12º e também no direito de oposição (ao qual será dada atenção de seguida) previsto no art. 14º da Diretiva 95/46/CE. O acórdão encontra-se disponível na língua portuguesa em: http://www.cnpd.pt/bin/legis/juris/decisoes/20140513_TJUE_motoresBusca.pdf.

⁸⁸ Artigo 5º/1-d) da LPDP.

⁸⁹ Artigo 5º/1-a) da LPDP.

⁹⁰ Artigo 5º/1-b) da LPDP.

⁹¹ Artigo 5º/1-c) da LPDP.

⁹² Artigo 5º/1-e) da LPDP. Também é esta a posição adotada pelo acórdão do TJUE proferido a 13 de Maio de 2014 no âmbito do processo «Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González», considerando nº70.

da finalidade está sempre em correlação com os direitos que os titulares dos dados pessoais, que estão a ser tratados, têm face aos mesmos.

2.3.3.3. Direito de oposição

O **direito de oposição** surgiu inicialmente na Lei francesa de proteção de dados datada de 1978⁹³ e foi adotado pela Diretiva 95/46/CE no seu art.14º. Apesar de não ser imposto aos Estados membros que garantissem este direito na transposição da diretiva⁹⁴, o Estado Português optou por incluí-lo entre os direitos que assistem aos particulares perante o tratamento dos seus dados pessoais, mais concretamente no artigo 12º da LPDP. Partindo da definição interessante dada por CATARINA CASTRO⁹⁵, o direito de oposição compreende não só o direito do titular de se opor à recolha dos dados pessoais, nomeadamente abstendo-se de responder a um inquérito ou sondagem, como também o direito de se opor a que dados pessoais, obtidos de forma indireta, sejam tratados, sendo o exemplo mais óbvio aquele em que os dados são comunicados a terceiros para fins de marketing.

No primeiro caso, previsto na alínea a) do artigo *supra* mencionado, a lei reconhece, ao titular de dados, o direito de se opor ao tratamento dos dados que lhe digam respeito, quando tenha, para tal, uma ponderosa e legítima justificação relacionada com a sua situação particular. Esta hipótese, tal como consta da lei,

⁹³ Cfr. la Loi nº 78-17 du 6 janvier 1978

« Chapitre V, Section 2 : Droits des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel Article 38

-Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.

-Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.

-Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement. »

⁹⁴ No considerando nº45 da diretiva 95/46/CE, prevê-se que a transposição deste direito não é obrigatória, na medida em que se permite aos Estados-membros que estes prevejam disposições nacionais em contrário.

⁹⁵ *Direito da informática...*, cit., p.254.

está pensada principalmente para os casos em que o tratamento de dados seja realizado com vista à execução de uma missão de interesse público ou no exercício de poder de autoridade pública em que esteja investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados (art.6º/d) LPD por remissão do art.12/a da mesma lei) ou quando o tratamento seja necessário para a prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados devam ser comunicados (art.6º/e) LPD por remissão do art.12/a da mesma lei)⁹⁶. É de salientar que, para que possa exercer este direito, torna-se necessário que o titular tenha conhecimento de que os seus dados (e quais) estão a ser tratados⁹⁷.

Nem a Diretiva 95/46/CE, nem a lei que a transpôs para o nosso ordenamento jurídico definiu o que deveria ser atendido para efeitos de “razões ponderosas e legítimas”. Estando perante um conceito indeterminado, torna-se imperativo aferir casuisticamente, por via de uma ponderação entre o interesse particular do titular dos dados, em que os seus dados não sejam ou deixem de ser tratados, e o interesse público ou legítimo do responsável em tratar esses mesmos dados, se está ou não cumprido o requisito. Se se considerar cumprido o requisito, então o tratamento deixa de poder incidir sobre aqueles dados. Desta forma, o direito de oposição tem em conta a incidência que o tratamento de dados tem nos direitos do cidadão em cada caso concreto, atendendo às suas circunstâncias específicas⁹⁸.

Este grau de exigência relativamente ao preenchimento dos requisitos para exercício deste direito, pode explicar-se pela circunstância de ela estar mais vocacionada para os casos em que o tratamento de dados, que está em causa, é

⁹⁶ Para mais informações acerca dos casos do art.6º da LDPD em que não faz sentido o exercício do direito de oposição ver: CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., pp.255-256.

⁹⁷ Neste sentido, o direito de oposição depende de um cumprimento prévio por parte do responsável pelo tratamento de dados do dever de informação anteriormente referido.

⁹⁸ MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho al olvido digital en la web 2.0”, in *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº11, Maio 2013, p.30, disponível online em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4498471>.

lícito e leal⁹⁹, pois, de outra forma o tratamento de dados nem seria permitido, atendendo a princípios gerais da proteção de dados.

Por último, é importante salientar que também este direito tem duas faces: é um direito que assiste ao titular, mas ao ser exercido transforma-se num dever para o responsável pelo tratamento. Isto é, caso exista o direito de oposição, na medida em que cumpre todos os requisitos, automaticamente, o responsável pelo tratamento tem de fazer com que a informação não volte a aparecer, sob pena de o titular submeter a questão à autoridade de controlo (em Portugal, a Comissão de proteção de dados) ou aos tribunais para que estes ordenem ao responsável a tomada de medidas precisas em conformidade¹⁰⁰, nomeadamente a proibição temporária ou definitiva desse tratamento [art.28/3º da Diretiva 95/46/CE e no art.22º/3-b) da LPDP].

É aqui também visível uma forte manifestação do direito a ser esquecido. Ao ser possibilitado ao titular dos dados que se oponha ao tratamento dos seus dados pessoais, ou à continuação do mesmo, está a abrir-se uma janela para que esses dados não sejam (mais) visíveis por terceiros.

No segundo caso, previsto na alínea b) do artigo 12º da LPDP, a lei reconhece, ao titular, o direito de se opor ao tratamento de dados que lhe digam respeito para fins de marketing direto, quer este seja feito pelo responsável (pelo tratamento), quer no caso em que os dados sejam comunicados a terceiros (podendo mesmo opor-se a essa comunicação) com o mesmo fim (de marketing direto). Este direito deve poder ser exercido sem qualquer custo e sem necessidade de fundamentação por parte do titular.

Este direito é especialmente relevante numa sociedade em que, atendendo à forte concorrência comercial existente, a publicidade é utilizada de

⁹⁹ Parece ser este o sentido que segue a diretiva 95/46/CE no seu considerando nº45.

¹⁰⁰ Acórdão do TJUE proferido no âmbito do processo C-131/12 «Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González», considerandos nºs 77 e 78.

uma forma desenfreada.¹⁰¹ Recorrendo à expressão popular “Quem tem olho é rei”, aqui podemos dizer que quem tem acesso a dados pessoais alheios é rei.

Aquando da recolha, o responsável pelo tratamento dos dados, cumprindo o direito à informação anteriormente referido deve comunicar ao titular dos dados a possibilidade que este tem de se opor a esse tratamento para efeitos de marketing. Geralmente esta informação está inserida no formulário de recolha, por via de uma quadrícula opcional, podendo o titular dos dados opor-se mediante o preenchimento ou não, consoante o conteúdo da mensagem (como ilustra a figura 1)¹⁰².



Fig.1¹⁰³

Uma cláusula deste tipo enquadra-se no conceito de cláusulas contratuais gerais¹⁰⁴ tendo em conta que reúne as características normalmente apontadas¹⁰⁵ para estas cláusulas: pré-elaboração por uma das partes, a generalidade e a rigidez¹⁰⁶. O regime das cláusulas contratuais gerais elenca um conjunto de

¹⁰¹ GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *ob.cit.*, p.392.

¹⁰² A CNPDP emitiu uma orientação em 2001 no sentido de que o formulário deve mesmo conter uma «quadrícula» que possibilite ao titular dos dados opor-se à comunicação de dados para efeitos de marketing direto ou outras formas de prospeção quer por parte do responsável quer por parte de qualquer empresa pertencente ao grupo. Esta orientação encontra-se publicada no relatório de atividades de 2001, na Parte II relativa aos direitos dos titulares dos dados, mais concretamente no seu ponto 8.2 disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat01-02.htm>.

¹⁰³ Imagem retirada de <https://wservices.axa.pt/Campanhas/ConcursoAXAOnline/concurso.aspx>.

¹⁰⁴ Cujo regime está consagrado no DL n.º446/85, de 25 de outubro relativo às Cláusulas Contratuais Gerais.

¹⁰⁵ Vide por exemplo LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol.I, 9ªed., Almedina, Coimbra, 2010, p.33.

¹⁰⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito de Consumo*, 2ªed., Almedina, Coimbra, 2014, p.61.

cláusulas que, verificando-se, nunca são admissíveis e portanto são excluídas do contrato¹⁰⁷ em que se insiram, designadamente quando não tenham sido comunicadas ao titular dos dados, atendendo aos critérios definidos pela lei^{108 e 109}, quando as mesmas sejam comunicadas com violação do dever de informação de maneira que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo por parte do destinatário (titular dos dados pessoais)¹¹⁰, passem despercebidas a um contratante normal razoável colocado na posição do contratante real devido ao contexto em que surjam, à epígrafe que as precede ou à sua representação gráfica¹¹¹ — as chamadas cláusulas-surpresa¹¹², ou ainda quando as mesmas constem de formulário e se situem depois da assinatura de algum dos contratantes^{113 e 114}. Assim, uma cláusula constante de formulário que autorize o tratamento de dados para efeitos de marketing não será admissível e portanto deverá ser excluída quando a mesma conste depois da assinatura de algum contratante. A meu ver, tal exclusão só se justificará nos casos em que a cláusula seja de não autorização, pois quando a cláusula seja de autorização ainda que o contratante não a tenha visto tal não lhe trará prejuízo na medida em que não autorizou o tratamento dos dados.

Não tendo sido cumprido o dever de informar, pode o titular dos dados exercer, ainda assim, o seu direito de oposição quando recebe a correspondência, dirigindo-se ao remetente da mesma. Quando esta não constava das finalidades, iniciais, do tratamento de dados a utilização dos mesmos para efeitos de marketing mas veio depois a constar, o titular deve ser informado e deve-lhe ser

¹⁰⁷ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010, pp.266 e 267, parece defender que as cláusulas excluídas do contrato por via do art.8º são nulas.

¹⁰⁸ Cfr. art. 8º/a) do regime das cláusulas contratuais gerais (RCCG).

¹⁰⁹ Para uma análise deste dever de comunicação, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *ob.cit.*, pp.70-75.

¹¹⁰ Cfr. art. 8º/b) do RCCG.

¹¹¹ Cfr. art. 8º/c) do RCCG.

¹¹² JORGE MORAIS CARVALHO, *ob.cit.*, p.73.

¹¹³ Cfr. art. 8º/d) do RCCG.

¹¹⁴ A referência “depois” contida na norma deve ser lida como uma referência espacial. Isto é, a cláusula que se inserir, sistematicamente, depois de alguma das assinaturas dos contratantes deve ser excluída. Uma referência temporal não seria tão relevante na medida em que se uma cláusula é inserida temporalmente depois da celebração do contrato, verifica-se uma alteração unilateral do contrato, pelo que já por si está excluída do contrato. Assim, JORGE MORAIS CARVALHO, *ob.cit.*, p.74.

dado o direito de se opor e, consequentemente, a CNPD terá de autorizar essa alteração de finalidade¹¹⁵.

Outra forma de exercício deste direito é o titular integrar as chamadas «listas Robinson». Estas listas contêm o nome das pessoas que pretendem ser excluídas de todas e quaisquer operações de marketing direto e são geridas pela Associação Portuguesa de Marketing Direto (APMD)¹¹⁶. Nesta matéria, é relevante, ao nível nacional, a Lei nº 6/99, de 27 de Janeiro¹¹⁷, relativa à publicidade domiciliária, nomeadamente por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia, que consagra, em termos muito semelhantes à diretiva e à Lei de proteção de dados, o direito de oposição no art.4º/2^{118e119}, a Lei nº41/2004 de 18 de agosto¹²⁰¹²¹ relativa ao comércio eletrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais, que faz depender o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto do consentimento do destinatário das comunicações¹²² e ainda o art.8º do DL nº 24/2014 de 14 de fevereiro.

O objetivo primordial do exercício do direito de oposição é limitar o efeito multiplicador da divulgação de dados, que se realiza através dos responsáveis

¹¹⁵ Cfr. Artigo 28/1-d) LPDP.

¹¹⁶ CATARINA CASTRO, *Direito da informática...*, cit., p.260.

¹¹⁷ A lei aponta para a existência de dois sistemas: *opting in*, quando, no art.10º/1, faz depender a comunicação da publicidade por telecópia e a publicidade por telefone com utilização de mensagens vocais pré-gravadas do consentimento prévio do destinatário; *opting out*, quando, o art.10/2º, dispõe que em caso de a publicidade ser comunicada por outra técnica de comunicação à distância, esta só poderá ser feita quando não haja oposição manifesta do destinatário. — GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *ob.cit.*, p.398.

¹¹⁸ “Artigo 4.º Publicidade domiciliária endereçada

1 - É proibido o envio de publicidade endereçada para o domicílio, por via postal ou por distribuição direta, quando o destinatário tenha expressamente manifestado o desejo de não receber material publicitário.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, as pessoas que não desejarem receber publicidade endereçada têm o direito de se opor, gratuitamente, a que o seu nome e endereço sejam tratados e utilizados para fins de mala direta ou de serem informadas antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de marketing direto ou utilizados por conta de terceiros, em termos idênticos aos previstos na alínea b) do artigo 12.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.”

¹¹⁹ Para uma análise mais profunda desta lei, vide PAULO MOTA PINTO, “Notas sobre a Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, diretor António Pinto Monteiro, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação do Centro de Direito do Consumo, nº. 1, 1999, Coimbra, págs. 117-176.

¹²⁰ Lei que transpõe a Diretiva 2000/31/CE de 12 de julho relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

¹²¹ Artigo aditado pelo decreto-Lei nº 46/2012, de 29 de agosto.

¹²² Cfr., art.13º-A.

pelo tratamento de dados, indesejada pelos titulares dos direitos que estão a ser confrontados¹²³.

2.3.3.4. Direito a não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada

Ainda constante dos direitos dos titulares dos dados pessoais, existe o direito a não ficar sujeito a uma decisão individual tomada exclusivamente com base em dados que digam respeito ao seu titular e que estejam armazenados de forma automatizada.

Este direito teve como um dos seus objetivos a proibição do chamado Credit scoring, traduzindo-se este na atribuição ou negação do crédito pessoal consoante se verificasse a existência ou a inexistência de determinadas características pessoais e profissionais da pessoa que o solicitasse, definidas anteriormente num programa de computador. Este direito foi consagrado no art.15º da Diretiva 95/46/CE e transposto pelo art.13º da LPDP.

Este direito pode ser afastado em algumas situações, designadamente quando a decisão seja tomada no âmbito da celebração ou execução de um contrato, tendo o pedido de celebração ou execução do contrato da pessoa ter sido satisfeito ou não tendo sido, mas existam medidas adequadas que garantam a defesa dos seus interesses legítimos (art.13º/2 da LPDP), ou, ainda, quando a decisão tenha sido autorizada pela CNPD (art.13º/3 da LPDP). Nestas, será admissível a tomada de decisão individual, exclusivamente com base nestes dados.

2.3.4. O conceito de responsável pelo tratamento de dados – O caso dos motores de pesquisa e das redes sociais

Ainda em matéria dos direitos que assistem ao titular dos dados é relevante saber contra quem pode este exercer os seus direitos. No art.3º da

¹²³MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, *ob.cit.*, p.30.

LPDP, à semelhança do art.2º da diretiva que lhe deu origem, constam, entre outras definições, as definições de «tratamento de dados»¹²⁴ e de «responsável pelo tratamento»¹²⁵. Segundo estas, é responsável pelo tratamento qualquer pessoa que determine as finalidades e os meios de tratamento de dados e proceda ao mesmo. Relativamente ao tratamento de dados, atenta à definição concedida pela lei, é visível a amplitude de situações que integra. Com efeito, um terceiro, ao copiar e conservar os dados pessoais no seu computador ou até mesmo por apenas os consultar, está efetivamente a proceder ao tratamento desses dados pessoais (que tinham sido tornados públicos pelo responsável pelo tratamento original). Para efeitos da Lei, este terceiro pode ser visto como um segundo responsável pelo tratamento tendo em conta que é ele quem determina finalidades do tratamento de dados pessoais que realiza.

Recentemente, colocou-se ao TJUE¹²⁶, entre outras questões, a de saber se os motores de pesquisa, no caso concreto a *Google search*, deveriam ou não ser considerados responsáveis pelo tratamento de dados. Atualmente, um motor de pesquisa é detentor de uma quantidade astronómica de informação pessoal, podendo ser utilizado para criar perfis bastante completos das pessoas, mediante a simples pesquisa de um nome. A decisão do tribunal foi no sentido de considerar a atividade dos motores de pesquisa como tratamento de dados:

“(...) ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor

¹²⁴ **Artigo 3º/b) da LPDP:** «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

¹²⁵ **Artigo 3º/c) da LPDP:** «Responsável pelo tratamento»: a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares, o responsável pelo tratamento deve ser indicado na lei de organização e funcionamento ou no estatuto da entidade legal ou estatutariamente competente para tratar os dados pessoais em causa.

¹²⁶ Acórdão TJUE de 13 de maio de 2014 proferido no âmbito do processo C-131/12 «*Google Spain SL e Google Inc* contra a AEPD e Mario Costeja González», referido anteriormente.

de busca «recolhe» esses dados, que «recupera», «regista» e «organiza» posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, e «conserva» nos seus servidores e, se for caso disso, «comunica» e «coloca à disposição» dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas.»¹²⁷

O argumento utilizado pela Google ia no sentido de que a sua atividade não podia ser considerada como tratamento de dados pessoais na medida em que o tratamento das informações acessíveis na Internet tem lugar sem, *a priori*, ser feita a seleção entre os dados pessoais e as outras informações. Entendem que não poderiam ser responsáveis por esse tratamento dado que não conhecem nem exercem controlo sobre os dados que tratam.

O tribunal considerou que não só a atividade do motor de pesquisa deveria ser abrangida pelo conceito de “tratamento de dados pessoais” ¹²⁸ independentemente de este realizar todas as operações sem distinguir os dados pessoais dos que não o são, como o próprio motor de pesquisa deveria ser considerado responsável na medida em que é ele que determina as finalidades e os meios da sua atividade¹²⁹. O tribunal argumentou ainda que a atividade do motor de pesquisa é suscetível de afetar os direitos fundamentais à vida privada e à proteção dos dados pessoais dado o seu papel decisivo na difusão global dos dados, ao permitir o acesso a uma lista de resultados composta por todos os *sites* em que constam as informações de uma pessoa, que existam na Internet, bastando para tal realizar uma pesquisa com o nome dessa pessoa.

Desta forma, o contributo deste acórdão revelou-se de extrema importância na delimitação do conteúdo do conceito de «responsável pelo tratamento de dados», nomeadamente na Internet, nele sendo incluídos não só

¹²⁷ Considerando nº28 do mesmo Acórdão.

¹²⁸ Nas conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, Niilo Jääskinen, a 25 de junho de 2013 no âmbito do processo C-131/12 «Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González, já referido neste trabalho, este mostra-se concordante com esta posição. Estas conclusões estão disponíveis em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=991239>, p.15 ponto 75.

¹²⁹ Contra, Advogado Geral Niilo Jääskinen na opinião citada, pp.15-18 pontos – 76-90.

os administradores de páginas web concretas e identificadas, mas também os prestadores do serviço de motor de pesquisa¹³⁰ e ¹³¹.

Raciocínio parecido deve ser utilizado para responsabilizar, também, os fornecedores dos serviços das redes sociais¹³². Também estes proporcionam os meios para o tratamento de dados dos seus utilizadores, bem como todos os demais serviços “básicos” vinculados à gestão das contas dos utilizadores, designadamente o registo e a supressão das mesmas, e determinam ainda a forma como os dados dos utilizadores podem ser utilizados para fins publicitários ou comerciais. Neste sentido, também os fornecedores desses serviços devem ser qualificados como responsáveis pelo tratamento de dados neste âmbito.

2.4. Proposta de Regulamento para Proteção de Dados Pessoais: Consagração de um novo direito?

2.4.1. Motivos subjacentes

Atendendo à análise feita em torno do regime do tratamento de dados pessoais, previsto na Diretiva 95/46/CE (e na lei interna que a transpôs para o nosso ordenamento jurídico), constata-se que constituiu um marco histórico de grande relevância e aplicabilidade prática. No entanto, é necessário ter em conta

¹³⁰ Os efeitos desta decisão fizeram-se de imediato sentir na conduta de alguns prestadores de serviço de motores de pesquisa, nomeadamente a *Google* e o *Bing* que disponibilizaram um formulário *online* a preencher pelas pessoas que desejem ver os resultados da pesquisa que aparecem mediante a pesquisa pelo seu nome apagados. O pedido feito através do formulário não garante o apagamento desses dados, pois em última instância são os motores de pesquisa, mediante a sua equipa de advogados especializados, que se decidirão pela justificação ou não dos pedidos face ao interesse na permanência desses dados. Atendendo aos dados, constantes do relatório de transparência relativo aos Pedidos de privacidade europeus para remoção de pesquisas, disponibilizados pela Google, foram recebidos 195 808 pedidos (os quais se traduziram num pedido de remoção de 710 414 URLs) entre o dia 29 de maio de 2014 e o dia 7 de janeiro de 2015, sendo que 39,8% dos mesmos foram atendidos. Estes dados podem ser consultados de www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=pt-PT em:

¹³¹ Esta já era a ideia defendida em várias resoluções da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD). E foi na sequência das constantes impugnações da Google face às resoluções que a instavam a desindexar certos dados pessoais, que a AEPD decidiu levar esta questão prejudicial ao TJUE.

¹³² Pronunciou-se neste sentido o Grupo de Trabalho do artigo 29º, no parecer 5/2009 dado a 12 de junho de 2009. Este parecer pode ser consultado em: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_pt.pdf.

que esta diretiva remonta ao ano de 1995 e desde aí já se passaram duas décadas. De facto, entre 1995 e 2015, temos vindo a assistir a fortes desenvolvimentos na área da tecnologia (especialmente *online*) e a uma crescente globalização, o que faz com que a realidade existente em 1995 não seja a mesma que a de agora, o que se pode traduzir numa desatualização do quadro jurídico vigente. Vejamos um exemplo mais óbvio¹³³: em 1995, as redes sociais eram uma realidade ainda praticamente inexistente¹³⁴ e não tinham, indubitavelmente, qualquer impacto na vida das pessoas, como começaram a ter já no século XXI, mais concretamente, com a criação de redes sociais como o *hi5* (em 2003), o *facebook* (em 2004) ou o *twitter* (2006). Atualmente já existem mais de 50 redes sociais diferentes e, cada vez mais, integram a vida das pessoas. Posto isto, a exposição a que os próprios titulares submetem os seus dados pessoais nas redes sociais, aliada à facilidade de acesso aos mesmos por parte de terceiros, explica que seja nas redes sociais que se sinta, atualmente, uma maior preocupação em torno do direito à proteção de dados pessoais.

Outro grande problema apontado à Diretiva 95/46/CE é a falta de harmonização existente nos regimes de proteção de dados dos vários Estados-membros proporcionada, por um lado, pela inadequada transposição da diretiva e, por outro lado, pelo elevado número de cláusulas abertas constantes da diretiva em questão¹³⁵. Esta fragmentação de execução de proteção de dados a nível europeu, praticamente inevitável tendo em conta que a fonte normativa é uma diretiva¹³⁶, não sendo de aplicação direta, pode traduzir-se num obstáculo à livre circulação de dados pessoais no conjunto da União, constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas ao nível da UE, falsear a concorrência e

¹³³ A situação é a mesma relativamente aos motores de pesquisa.

¹³⁴ A primeira rede social do mundo, “classmates”, foi criada em 1995 por Randy Conrads.

¹³⁵ ANTONIO TRONCOSO REIGADA, “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”, in *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea*, IDP.Revista de Internet, Derecho y Política, número 15, p.63. Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível em linha em: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-troncoso/n15-troncoso-es>.

¹³⁶ Problema esse que poderia ser minorado se a diretiva fosse de harmonização máxima, não sendo no entanto esse o caso.

criar um impedimento ao cumprimento das obrigações que incumbem às autoridades de proteção¹³⁷.

Assim, a convite do Conselho Europeu, a Comissão avaliou o funcionamento dos Instrumentos da UE relativos à proteção de dados através da emissão de uma comunicação designada “Uma abordagem global da proteção de dados pessoais na União Europeia”¹³⁸, onde concluiu que apesar de os objetivos visados pela diretiva e de os princípios por que esta se rege manterem a sua validade, os avanços tecnológicos e a globalização trouxeram consigo novos desafios para a proteção de dados pessoais. Os riscos inerentes aos novos desafios e a insegurança jurídica que daí resulta, aliados à (indesejada) fragmentação na execução da proteção dos dados pessoais na UE, exigem um novo quadro jurídico de proteção de dados pessoais, um quadro mais sólido e mais coerente.

A partir daqui, foram conduzidas um conjunto de outras consultas sobre a possibilidade de uma revisão do quadro jurídico atual da proteção de dados pessoais, de conferências sobre a proteção de dados, de pareceres do «Grupo de Trabalho do art.29º»¹³⁹ e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, de sessões de trabalho e seminários especializados¹⁴⁰. Constatou-se a existência de um apoio da maioria dos interessados à fundamentação da Comissão.

É neste contexto que surge, em janeiro de 2012, a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre

¹³⁷ Tais preocupações estão refletidas nos considerandos nº 7 e 8 da proposta do regulamento geral de proteção de Dados.

¹³⁸ COM (2010) 609 final – nesta comunicação, a comissão enumera um conjunto de objetivos que a modernização do quadro normativo da EU em matéria de proteção de dados deve visar.

¹³⁹ Este grupo tem natureza consultiva, sendo constituído por representantes das autoridades nacionais de controlo em matéria de proteção de dados, da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) e da Comissão. Foi criado em 1996 (por força do art.29º da Diretiva 95/46/CE).

¹⁴⁰ Para um conhecimento mais exaustivo acerca dos mesmos, *cfr.* a Exposição de motivos do referido Regulamento, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0011&from=EN>, pp.2-4.

circulação desses dados (Proposta de Regulamento geral sobre a proteção de dados).

A proposta de Regulamento mostra-se claramente mais abrangente, alargando o seu âmbito de aplicação territorial e resolvendo, desta forma, o problema da responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais conduzidos por empresas não sediadas na União Europeia¹⁴¹. A proposta revela ainda uma forte preocupação relativamente aos direitos dos titulares dos dados pessoais.

A análise que se pretende fazer do Regulamento não é exaustiva, visando apenas incidir sobre as alterações pertinentes do regime dos direitos dos titulares no tratamento dos seus dados pessoais.

2.4.2. Alterações quanto ao exercício dos direitos

No âmbito dos direitos dos titulares dos dados pessoais, o Regulamento mostra-se muito mais exaustivo do que a diretiva¹⁴², concretizando ou alargando o âmbito de direitos já existentes (ou mesmo criando direitos novos) e ampliando os deveres dos responsáveis pelo tratamento perante esses direitos. Dá, também, uma especial atenção à menoridade do titular dos dados, procurando atribuir uma proteção substancial às crianças em matéria de proteção de dados¹⁴³.

Em primeiro lugar, por forma a facilitar o exercício, pelo titular de dados, dos direitos que lhe são conferidos pela proposta, estabelece-se no art.12º da mesma um dever do responsável pelo tratamento de prever mecanismos

¹⁴¹ “Artigo 3.º Âmbito de aplicação territorial

1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento **ou de um subcontratante** situado no território da União.

2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares de dados residentes no território da União, por um responsável pelo tratamento **não estabelecido na União**, cujas atividade de tratamento estejam relacionadas com:

a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União; ou
b) O controlo do seu comportamento.

3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento não estabelecido na União, mas num lugar em que se aplique o direito nacional de um Estado-Membro por força do direito internacional público.”

¹⁴² Dedicando todo o capítulo III (arts.11º-21º) aos direitos dos titulares de dados pessoais.

¹⁴³ Vide por exemplo os artºs.4/18º, 6/1-fº, 8º e 17/1º da proposta de Regulamento.

destinados a facilitar esse exercício, nomeadamente a gratuitidade da solicitação de acesso aos dados, de retificação, de apagamento e do exercício do direito de oposição e, ainda, a obrigação de resposta dentro de um determinado prazo estipulado e fundamentação em caso de recusa de resposta¹⁴⁴.

2.4.2.1. Direito à informação

Relativamente ao direito à informação, a proposta de Regulamento vem concretizar e ampliar o leque de informações que têm, obrigatoriamente, de ser prestadas ao titular dos dados pessoais. Com efeito, prevê que deve existir, a acrescer às já existentes, uma obrigação de informar o titular acerca do período de conservação dos seus dados¹⁴⁵, do direito de apresentar queixa à autoridade de controlo e de obter os contactos dessa autoridade¹⁴⁶. Obriga ainda a informar sobre a intenção (caso exista) de o responsável pelo tratamento transferir os dados para um país terceiro ou organização internacional, assim como o nível de proteção que estes ofereçam¹⁴⁷. Vem também ampliar a obrigação, que já existia na Diretiva 95/46/CE, de informar o titular dos dados dos seus direitos, cabendo aqui já não apenas o direito de acesso e o direito à retificação mas também o direito ao apagamento e o direito de oposição¹⁴⁸. A proposta ressalva ainda que no caso de os dados pessoais não terem sido recolhidos junto do seu titular, o responsável deve ainda informá-lo da origem dos dados¹⁴⁹, enquanto que, no caso de serem recolhidos junto do seu titular, este deve ser informado do carácter obrigatório ou facultativo do fornecimento dos dados, assim como de eventuais consequências da sua recusa em fornecê-los.

¹⁴⁴ Cfr. Considerando nº47 da proposta de Regulamento.

¹⁴⁵ Cfr. art.14º/1-c).

¹⁴⁶ Cfr. art.14º/1-e). Este artigo deve ser lido em conjugação com o artigo 73º - “Direito de apresentar queixa a uma autoridade de controlo”. Os titulares dos dados pessoais ou qualquer organismo, organização ou associação que vise proteger os direitos dos titulares em relação à proteção dos seus dados pessoais, poderão apresentar queixa às autoridades de controlo em qualquer Estado-Membro sempre que considerem que o tratamento dos seus dados pessoais não respeita o regulamento.

¹⁴⁷ Cfr. art.14º/1-g).

¹⁴⁸ Cfr. art.14º/1-d).

¹⁴⁹ Cfr. art.14/3.

A par desta ampliação do dever de informação, verifica-se também um alargamento de situações que excecionam esse dever. Estas estão previstas no nº5 do mesmo art.14º. A primeira, que já existia na Diretiva 95/46/CE, é o conhecimento prévio dessas informações por parte do titular¹⁵⁰. Para além desta, não sendo a recolha feita junto do titular, o responsável pelo tratamento não é ainda obrigado a prestar as informações relativas aos dados pessoais quando a comunicação dessas informações se revele impossível ou implique um esforço desproporcionado¹⁵¹, quando o registo ou a divulgação dos dados esteja expressamente prevista na lei¹⁵² ou não exista ainda a obrigação de prestar as informações por essa comunicação poder prejudicar os direitos e liberdades de outras pessoas¹⁵³.

Esta concretização do direito à informação está intimamente ligada ao princípio da transparência. E, nesta proposta, essa relação é muito mais visível através da concretização que é feita deste princípio no art.11º, segundo o qual as informações relativas à proteção de dados devem ser prestadas “de forma inteligível, numa linguagem clara e simples, adaptada à pessoa em causa”.

2.4.2.2. Direito de acesso

Quanto ao direito de acesso, ao invés da diretiva, a proposta de Regulamento estabelece uma divisão entre este e os direitos à retificação e ao apagamento, reservando um artigo destinado, única e exclusivamente, ao direito de acesso: o art.15º.

Na redação deste artigo, este direito contempla, por um lado, o direito de o titular dos dados obter a confirmação de que os seus dados pessoais são ou não objeto de tratamento e, em caso afirmativo, o direito de obter um conjunto de informações acerca desse tratamento. Estas informações, com exceção da

¹⁵⁰ Cfr. art.14/5-a).

¹⁵¹ Cfr. art.14/5-b).

¹⁵² Cfr. art.14/5-c).

¹⁵³ Cfr. art.14/5-d).

informação relativa às categorias de dados pessoais¹⁵⁴ e da comunicação dos dados pessoais que estão em fase de tratamento¹⁵⁵, são as mesmas que constam do direito à informação tratado anteriormente. Por forma a fazer uma leitura mais completa e correta deste direito, é importante conjugar este artigo com o considerando nº51 da proposta. Daqui resulta que este direito não é absoluto, no sentido em que tem de ter em conta “os direitos e liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e o direito de autor que protege o suporte básico”.

A exigência de que a obtenção dessa confirmação e informações suplementares fosse livre e sem restrições, feita com periodicidade razoável, sem demora e sem custos excessivos, previstas na diretiva [na alínea a) do art.12º] não se encontram expressamente previstas relativamente a este direito na proposta de Regulamento. Tal supressão pode estar relacionada com a obrigação já mencionada de criação de mecanismos para o exercício dos direitos dos titulares dos dados, prevista no art.12º, como referido anteriormente.

2.4.2.3. Direito de retificação

O direito de retificação aparece consagrado, autonomamente, no art.16º da proposta de Regulamento. Este direito compreende duas vertentes: o direito a obter do responsável do tratamento a retificação dos dados pessoais que se encontrem inexatos e o direito a que os dados exatos mas incompletos sejam completados. A proposta vem apenas explicitar uma forma de o titular obter o completamento dos seus dados pessoais através de uma declaração retificativa adicional.

¹⁵⁴ Cfr. art.15/1-b).

¹⁵⁵ Cfr. art.15/1-g).

2.4.2.4. Direito de portabilidade dos dados

No art.18º da proposta, complementado pelo considerando nº55, encontramos a consagração de um direito novo: o direito de portabilidade dos dados. Este compreende o direito de, sempre que os dados pessoais sejam objeto de tratamento automatizado num formato estruturado e de uso corrente, o titular desses dados obter uma cópia dos mesmos também em formato eletrónico de utilização comum (art.18/1º) e o direito de o titular transmitir os dados que forneceu, por consentimento ou tendo por base um contrato, de uma aplicação automatizada, como uma rede social, para outra (art.18º/2).

2.4.2.5. Direito de oposição

Quanto ao direito de oposição, este sofre consideráveis alterações com esta proposta¹⁵⁶. Desde logo, é retirada a expressão “razões preponderantes e legítimas” constante da diretiva, uma expressão que como referi anteriormente deixava muitas dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação. Em segundo lugar, a par dos fundamentos que a diretiva já previa (motivos de interesse público, exercício da autoridade pública ou interesses legítimos de um responsável pelo tratamento), a proposta permite ainda que este direito de oposição possa também ser exercido para proteção de interesses vitais do titular¹⁵⁷.

Para além destas, verifica-se uma outra alteração relevante: a substituição da ressalva “salvo disposição em contrário do direito nacional” pela ressalva “salvo se o responsável pelo tratamento apresentar razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os interesses ou direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa”. Com esta alteração, a “bola passa para o outro meio campo”, ou seja, o ónus de provar que os seus interesses legítimos prevalecem sobre os direitos e liberdades do titular dos dados recai sobre o responsável pelo

¹⁵⁶ O direito de oposição encontra-se consagrado no art.19º da proposta.

¹⁵⁷ Cfr. remissão feita pelo art.19/1º para a alínea d) do art.6/1º.

tratamento de dados¹⁵⁸. Considero que estas alterações se mostram claramente a favor do titular dos dados pessoais por tornarem este direito mais efetivo, na medida em que prescindem de requisitos que dificultavam o seu exercício.

No que diz respeito ao direito de oposição ao tratamento de dados para efeitos de comercialização direta, este é mais limitado na proposta de Regulamento do que na diretiva, no sentido em que não prevê o direito de oposição às comunicações dos seus dados a terceiros para fins de marketing de mala direta¹⁵⁹ ou utilizações por conta de terceiros. Questiona-se se terá sido por lapso ou propositadamente. Tendo como pano de fundo um mundo cada vez mais competitivo, esta supressão certamente prejudica o titular dos dados pessoais, na medida em que reduz de forma drástica o controlo, por parte das pessoas, da circulação dos seus dados pessoais.

2.4.2.6. Direito a não ser objeto de uma decisão tomada com base na definição de perfis

Relativamente ao direito de o titular dos dados não ser objeto de uma decisão tomada com base na definição de perfis, previsto no art.20º da proposta, acrescenta-se o consentimento como uma das formas, a par das já existentes, de contrariar esta proibição.

2.4.2.7. Direito a ser esquecido e ao apagamento

Finalmente, a proposta de Regulamento vem consagrar, no seu art.17º, o “Direito a ser esquecido e ao apagamento”¹⁶⁰. Inevitavelmente, surge-nos no

¹⁵⁸ Cfr. considerando nº55 da proposta.

¹⁵⁹ Marketing de mala direta é uma das formas adotadas pelo marketing direto e traduz-se no envio de uma oferta, anúncio, um lembrete ou qualquer outro item para um determinado endereço de uma determinada pessoa. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Marketing_direto.

¹⁶⁰ “Artigo 17.º Direito a ser esquecido e ao apagamento

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais que lhe digam respeito e a cessação da comunicação ulterior desses dados, especialmente em relação a dados pessoais que tenham sido disponibilizados pelo titular dos dados quando ainda era uma criança, sempre que se aplique um dos motivos seguintes:

-
- (a) Os dados deixaram de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
 - (b) O titular dos dados retira o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados;
 - (c) O titular dos dados opõe-se ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19.º;
 - (d) O tratamento dos dados não respeita o presente regulamento por outros motivos.
2. Sempre que o responsável pelo tratamento referido no n.º 1 tiver tornado públicos os dados pessoais, deve adotar todas as medidas razoáveis, incluindo de carácter técnico, em relação aos dados publicados sob a sua responsabilidade, tendo em vista informar os terceiros que tratam esses dados que um titular de dados lhe solicita o apagamento de quaisquer ligações para esses dados pessoais, cópias ou reproduções desses dados. Se o responsável pelo tratamento tiver autorizado um terceiro a publicar dados pessoais, o primeiro é considerado responsável por essa publicação.
3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária:
- (a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80.º;
 - (b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81.º;
 - (c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83.º;
 - (d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido;
 - (e) Nos casos referidos no n.º 4.
4. Em vez de proceder ao apagamento, o responsável pelo tratamento deve restringir o tratamento de dados pessoais sempre que:
- (a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a exatidão dos dados;
 - (b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados para efeitos de prova;
 - (c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;
 - (d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18.º, n.º 2.
5. À exceção da sua conservação, os dados pessoais referidos no n.º 4 só podem ser objeto de tratamento para efeitos de prova, ou com o consentimento do titular dos dados, ou para proteção dos direitos de outra pessoa, singular ou coletiva, ou por um motivo de interesse público.
6. Sempre que o tratamento de dados pessoais for limitado nos termos do n.º 4, o responsável pelo tratamento informa o titular dos dados antes de anular a limitação ao tratamento.
7. O responsável pelo tratamento deve aplicar mecanismos para assegurar o respeito dos prazos estipulados para o apagamento dos dados pessoais e/ou para a fiscalização periódica da necessidade de conservar esses dados.
8. Se o apagamento for efetuado, o responsável pelo tratamento não pode realizar qualquer outro tratamento dos dados pessoais em causa.
9. São atribuídas competências à Comissão para adotar atos delegados em conformidade com o artigo 86.º, a fim de especificar mais concretamente:
- (a) Os critérios e requisitos para a aplicação do n.º 1 em setores e situações específicos que envolvam o tratamento de dados;
 - (b) As condições para o apagamento de ligações para esses dados, cópias ou reproduções destes dados existentes em serviços de comunicação acessíveis ao público, tal como previsto no n.º 2;
 - (c) Os critérios e condições aplicáveis à limitação do tratamento de dados pessoais referidos no n.º 4.”

presente ponto a questão de saber se estamos perante a criação de um direito novo ou se, inversamente, assistimos a uma concretização de um direito já existente.

Este artigo com a epígrafe “Direito a ser esquecido e ao apagamento” compreende dois direitos: direito ao apagamento de dados¹⁶¹ pessoais e o direito à cessação da comunicação desses dados a terceiros. Este(s) direito(s) pode(m) ser exercido(s) quando se verifique um dos motivos elencados no nº1 do referido artigo: quando os dados pessoais deixem de ser necessários, tendo em conta a finalidade que motivou a sua recolha e tratamento (al.a), quando o tratamento tiver sido autorizado por via de consentimento do titular dos dados e este tenha sido posteriormente retirado (al.b, 1ª parte), quando o período de conservação desses dados tenha chegado ao fim e não exista outro fundamento para a continuação do tratamento (al.b, 2ª parte), quando o titular dos dados exerça o direito de oposição ao tratamento dos seus dados (al.c) ou, ainda, quando este não respeite o Regulamento por qualquer outro motivo.

Podemos encontrar um conjunto de limites ao exercício deste direito, sendo muitos deles reveladores da preocupação do legislador em proteger também outros direitos fundamentais¹⁶². Assim, ainda que o direito a ser esquecido seja exercido, o prolongamento da conservação dos dados deverá ser permitido quando esta se revele necessária para efeitos de investigação histórica, estatística ou científica¹⁶³, assim como por motivos de interesse público no âmbito da saúde pública¹⁶⁴, quando seja necessária ao exercício da liberdade de

¹⁶¹ É de notar que o direito ao apagamento aparece, na proposta, com um âmbito muito mais alargado do que na diretiva nº 95/46/CE na qual parece estar limitado aos casos em que os dados são inexatos ou incompletos.

¹⁶² MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, *ob.cit.*, p.3.8

¹⁶³ A conservação dos dados pessoais para além do tempo devido, só beneficiará deste limite nos termos do art.83º. Desta forma, os dados pessoais serão conservados apenas em caso de não ser possível alcançar os fins de investigação histórica, estatística e científica de outro modo que permita não identificar a pessoa em causa, ou ainda se os dados que permitam associar informações a uma pessoa identificada ou identificável forem conservados separados de outras funções e tal não impeça o alcance desses fins. Relativamente à publicação ou divulgação dos dados pessoais pelos organismos que efetuem essas investigações, só serão permitidas nos termos do nº2 do artigo referido.

¹⁶⁴ O art.81/1-b) concretiza este limite, dando exemplos para a sua aplicação. Deverão conservar-se os dados pessoais quando estes sejam necessários para proteção contra ameaças transfronteiriças graves

expressão¹⁶⁵ ou se existir um motivo para limitar o tratamento dos dados ao invés de os apagar¹⁶⁶. O direito a ser esquecido, bem como todos os direitos anteriormente referidos, pode ainda ser restringido, quando tal se revele necessário e proporcional para salvaguardar outros direitos específicos como a segurança pública¹⁶⁷

2.4.2.7.1. O caráter inovador do artigo 17/2º

Inovador é o reforço deste direito, pelo nº2 do art.17º, às situações, cada vez mais próximas do “monopolismo”, em que o tratamento é feito *online*.

Para estas situações, criou-se a obrigação para o responsável pelo tratamento que tenha tornado os dados pessoais públicos de adotar todas as medidas razoáveis, incluindo as de caráter técnico, com vista a informar os terceiros que subsequentemente tenham iniciado também um tratamento sobre esses dados pessoais, do pedido do titular dos dados para supressão de quaisquer ligações a esses dados, cópias ou reproduções dos mesmos¹⁶⁸. Cumpre relembrar, atendendo ao conceito de responsável pelo tratamento adotado, que tendo o titular dos dados solicitado o seu apagamento (baseando-se em qualquer um dos motivos presentes no art.17/1), este deve ser acatado por todos aqueles que estão a realizar o tratamento desses dados (e não só pelo responsável pelo tratamento original, ou seja aquele que procedeu à publicação desses dados) e

para a saúde, ou para assegurar um elevado nível de qualidade e segurança para os medicamentos ou os equipamentos médicos. Por outras palavras, conservar-se-iam, por exemplo, os dados pessoais referentes às pessoas que teriam tido ébola para se poder delimitar maiores medidas de segurança nos países de residência das mesmas ou nos países onde recentemente teriam estado.

¹⁶⁵ O art. 80º do regulamento permite que sejam estabelecidas isenções ou derrogações aos direitos dos titulares dos dados (entre eles, consta o direito a ser esquecido) para os tratamentos de dados pessoais que sejam efetuados para fins exclusivamente jornalísticos ou de expressão artística ou literária quando estas sejam necessárias à conciliação dos direitos em causa (direito à proteção de dados pessoais e o direito à liberdade de expressão). Este artigo não resolve propriamente o problema, dado o seu grau de abstração e a ampla discricionariedade que deixa aos Estados no seu nº2.

¹⁶⁶ Cfr. Considerando nº53 do presente regulamento.

¹⁶⁷ Cfr. Art.21º da proposta de regulamento.

¹⁶⁸ Cfr. nº2 do art.17º lido em conjugação com o considerando nº54 da proposta de regulamento.

que foram informados da pretensão do titular nos termos do nº2 do referido art.17º, agora em análise¹⁶⁹.

A proposta de Regulamento não explicita, no entanto, nem o que deve entender-se por “medidas razoáveis”, nem a que medidas de carácter técnico se refere. Em teoria, trata-se de uma obrigação que uma vez cumprida poderia revelar-se de grande utilidade, mas são mais os buracos deixados por tapar do que os que são concertados.

Por um lado, deixando em aberto que medidas específicas devem ser tomadas, a proposta dá azo a que os responsáveis pelo tratamento não cumpram esta obrigação invocando a extrema dificuldade (o esforço desproporcionado) que têm em conhecer todos os “terceiros” que naquele momento possam estar a tratar esses dados pessoais.

Acresce que, num contexto de “*Open Internet*” em que as pessoas podem aceder e copiar dados pessoais que estejam publicados, permanentemente e sem qualquer autorização, a efetividade prática desta obrigação de notificação é questionável. O Parlamento Europeu, pela mão de Jan Philipp Albrecht, lançou um relatório (Albrecht Report) onde sugere algumas alterações ao referido art.17/2¹⁷⁰, nomeadamente que a obrigação seja imposta ao responsável pelo tratamento também quando este tenha procedido à transferência dos dados pessoais, que esta obrigação só se aplique se a publicação ou a transferência dos dados pessoais for ilícita (por não se verificar nenhuma das situações que conferem licitude nos termos do art.6º/1) da proposta e, ainda, que a obrigação do responsável pelo tratamento nestes termos não se limite à tomada de

¹⁶⁹ Neste sentido não concordo quando o Grupo de trabalho do art.29º vem dizer na opinião referida, p.13, que “ no provision in the Regulation seems to make it mandatory for third parties to comply with the data subject’s request, unless they are also considered as controllers”. A meu ver não é necessário que esteja expressa a obrigação de os terceiros procederem ao apagamento quando confrontados com o pedido do titular ao responsável pelo tratamento que publicou esses dados. Ao terem conhecimento dessa pretensão devem cumpri-la. A entender de outra forma, esta disposição reduziria em muito o âmbito de aplicação deste direito.

¹⁷⁰ European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on free Movement of Such Data* (Brussels, 16 January 2013) referido por DAVID LINDSAY, *ob.cit.* p.291.

medidas razoáveis mas antes que sejam tomadas todas as medidas necessárias (razoáveis ou não) por forma a conseguir que os dados sejam removidos por completo¹⁷¹.

Tal visão assumir-se-ia muito limitadora do direito a ser esquecido na medida em que limitaria a obrigação do responsável pelo tratamento, prevista no art.17/2º, em relação a terceiros, aos casos em que a publicação ou transferência não estivessem justificadas pelo art.6º/1 da proposta. Nos restantes casos, o responsável pelo tratamento não teria essa obrigação e, consequentemente, os dados continuariam a ser tratados livremente por terceiros (quase sempre desconhecidos para o titular dos dados). Tomando um exemplo dado por DAVID LINDSAY¹⁷², ao nível das redes sociais — em que habitualmente o usuário consente na publicação dos seus dados pessoais — e na eventualidade de a sua fotografia ser copiada e republicada, o usuário claramente não reúne as condições necessárias para garantir que os dados que foram copiados por terceiros (que o usuário não consegue identificar) sejam apagados, ainda que subsequentemente tenha retirado o consentimento para a publicação inicial dos seus dados. Contudo, se o responsável pelo tratamento estiver obrigado a informar os terceiros da pretensão do titular dos dados, então a garantia de que a mesma seja efetiva será muito superior, estando apenas limitada pelos direitos à liberdade de expressão e também de informação.

O nº2 ressalva, ainda, que no caso de o terceiro, autorizado pelo responsável, ter procedido à publicação desses dados, este último será responsável.

Perante este cenário (algo) inovador, surgem algumas questões. Em primeiro lugar, quais as consequências do não cumprimento das obrigações decorrentes do exercício dos direitos dos titulares? E qual a consequência para o

¹⁷¹Segundo esta visão, sendo lícita a publicação ou a transferência, então os direitos devem ser exercidos pelo titular contra o terceiro responsável pelo tratamento e não pelo responsável pela publicação ou transferência lícita.

¹⁷² *ob.cit.*, p.335.

não apagamento pelo terceiro a quem foram transmitidos os dados? O terceiro pode ser um motor de busca?

2.4.3. Art.17º: Criação de um novo direito?

Traçados os aspetos essenciais relativos ao art.17º e ao(s) direito(s) nele consagrado(s), chegou o momento de fazer as minhas considerações acerca da questão inicialmente colocada: será o direito a ser esquecido, inserido no direito geral à proteção de dados, um direito novo criado pela proposta de Regulamento analisada?

Habitualmente, ouvimos falar em direito ao esquecimento como um direito à desindexação dos nossos dados pessoais na rede. Na prática, tal implica que ao colocar o nome de alguém no motor de busca, deixasse de aparecer a lista de resultados em que constam todos os sítios da Internet em que as informações relativas a essa pessoa estão inseridas¹⁷³.

A proposta de Regulamento, em análise, dispõe no seu art.17º que o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a eliminação de determinados dados pessoais e o direito de obter a cessação da continuidade da difusão dos mesmos, nomeadamente o direito a que esses dados pessoais sejam retirados da lista de resultados apresentada pelos motores de pesquisa, havendo lugar à desindexação dos dados pessoais nos motores de pesquisa.

Chegando aqui, temos um problema: a epígrafe, ao utilizar a conjunção coordenativa copulativa “e” dá a entender que o artigo prevê dois direitos diferentes¹⁷⁴, mas ao analisar o conteúdo do mesmo não é clara a autonomia desses direitos. Um cenário possível para estabelecer um nexo entre epígrafe e conteúdo do artigo seria dividir o artigo, dizendo que o direito ao apagamento

¹⁷³ FRANCISCO DURÁN RUIZ, “Autodeterminación Informativa y derecho al olvido en la Unión Europea – Particularidades respecto de los menores de edad” in *Actas del VII Simposio – Las Sociedades ante el Reto Digital*, nº12, Abril de 2014, disponível online em http://www.icono14.es/files_actas/7_simposio/10_francisco_duran.pdf.

¹⁷⁴ Se efetivamente quisesse prever um só direito mas designá-lo de duas formas alternativas, a fórmula mais inteligente seria utilizar a conjunção coordenativa disjuntiva “ou”.

equivaleria ao direito de o titular obter, do responsável pelo tratamento, o apagamento dos dados e o direito a ser esquecido corresponderia ao direito a obter a cessação da comunicação posterior dos mesmos¹⁷⁵.

No entanto, o Regulamento não pode ser lido abstraído do contexto em que ele se insere. Em primeira linha, é necessário atender à exposição de motivos subjacentes à adoção da proposta de Regulamento e aos considerandos da mesma. A explicação pormenorizada da proposta que é feita na sua exposição de motivos vem corroborar a ideia que é transmitida pela letra da epígrafe do art.17º, na medida em que autonomiza um direito do outro. Ao proceder à análise dos considerandos da proposta de Regulamento, nomeadamente os considerandos nºs 53 e 54, lidos em conjunto, considero que estes perspetivam o direito a ser esquecido como um “estado” ou um resultado do direito ao apagamento¹⁷⁶. Olhando ainda globalmente para a proposta, encontramos na norma relativa às sanções administrativas, nomeadamente no art.79/5-c), uma referência a estes dois direitos com a particularidade de entre os mesmos se utilizar a conjunção coordenativa disjuntiva “ou”. Já no que diz respeito à leitura da Comunicação da Comissão Europeia¹⁷⁷, é clara a utilização de ambas as designações (direito ao apagamento e direito a ser esquecido) como sinónimos.¹⁷⁸

¹⁷⁵ NAPOLEON XANTHOULIS, *Conceptualising a Right to oblivion in the Digital World: A Human Rights-Based Approach*, de 22 de Maio de 2012, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064503>, p.16, sugere a possibilidade de divisão do artigo de outra forma. Para este autor, o nº1 do art.17º corresponderia ao direito ao apagamento, enquanto o nº2 equivaleria ao direito a ser esquecido. Não posso concordar com esta divisão, na medida em que o nº2 equivale a um reforço do nº1, a uma obrigação que impende sobre o responsável pelo tratamento de dados decorrente do exercício do direito previsto no nº1.

¹⁷⁶ Considerando nº54: “Para reforçar o «direito a ser esquecido» no ambiente em linha, o âmbito do direito de apagamento deve também ser alargado (...)”.

¹⁷⁷ Comunicação da Comissão relativa à “Proteção da privacidade num mundo interligado - Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI”, (2012) 9 final disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:PT:PDF>;

¹⁷⁸ Veja-se a concretização que é feita ao significado de “direito efetivo a ser esquecido” na p.6 da referida comunicação:

“De modo a reforçar o direito das pessoas singulares à proteção de dados, a Comissão propõe novas regras para:

Melhorar a capacidade de controlo das pessoas singulares sobre os seus dados, designadamente:

- (...)

- dotando os internautas de um direito efetivo a serem esquecidos no ambiente em linha: o direito de os seus dados serem apagados (...);”

Assim, enquanto a norma prevista no art.17º, conjugada com a interpretação que dela é feita por recurso à exposição de motivos, indicia a existência de dois direitos, os considerandos da proposta e a comunicação da Comissão Europeia que surgiu na sequência dessa proposta, bem como diversos autores¹⁷⁹ e mesmo entidades da UE^{180 e 181} que debateram sobre o assunto, encaram o direito a ser esquecido como tautológico face ao direito ao apagamento dos dados pessoais, agora reforçado, e neste sentido consideram que haveria apenas um único direito suscetível de ser designado de formas diferentes¹⁸². Também, há quem tome posição no sentido em que o direito a ser esquecido deve ser autonomizado dos restantes direitos, nomeadamente do direito ao apagamento dos dados.¹⁸³

Atendendo a tudo o que foi dito, é visível a ambiguidade na delimitação do conteúdo do direito a ser esquecido. Não é clara a autonomia entre este e o direito ao apagamento, nem é clara a distinção que existe, se partirmos da ideia de autonomia, entre um e outro. Neste prisma, atendendo à dificuldade que a

¹⁷⁹ Autores como: NAPOLEON XANTHOULIS, *ob.cit.*, p.16; FRANCISCO DURÁN RUIZ, *ob. cit.*, p.174; SEBASTIÁN ZÁRATE ROJAS, “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa” in *derecom*, nº13, Nueva Época, Março-Maio 2013, p.3, disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4330379>; WINSTON J. MAXWELL, “Data Privacy: the European Commission Pushes for Total Harmonisation” in *Computer and Telecommunications Law Review* nº175, 2012, p.18 referido por DAVID LINSAY, *ob.cit.* p.311.

¹⁸⁰ Segundo a Autoridade Europeia de Proteção de Dados numa opinião dada acerca da proposta apresentada para a reforma na proteção de dados em 07 de março de 2012, parágrafo 140, o direito a ser esquecido não deve ser visto apenas como uma reafirmação mas também como um reforço dos direitos e obrigações já existentes. Esta opinião pode ser consultada em: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07_EDPS_Reform_package_EN.pdf.

¹⁸¹ De acordo com a opinião dada pelo Parlamento Europeu a 28 de janeiro de 2013, p.67 disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bCOMPARL%2bPE-496.497%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN> ou com a opinião (1/2012) dada pelo Grupo de trabalho do art.29 a 23 de março de 2012, disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp191_en.pdf, é visível esta posição.

¹⁸² NAPOLEON XANTHOULIS, *ob.cit.*, p.16.

¹⁸³ Refiro-me aqui à opinião do órgão do Parlamento Britânico “House of Commons Justice Committee” sobre a proposta de regulamento para proteção de dados apresentada pela comissão publicada a 1 de novembro de 2012, disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmjust/572/572.pdf> e à opinião do Advogado Geral da Google Spain Jääskinen, dada no âmbito do processo C-131/12, já referido, segundo o qual o direito a ser esquecido constitui uma importante inovação e não apenas uma mera codificação de direitos existentes disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=P T&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=991239> parágrafo nº110.

própria lei tem em tomar uma posição firme sobre a questão (mostrando-se muito cautelosa e de alguma forma insegura), deverá entender-se que o direito a ser esquecido, como atualmente está concebido e tendo em conta os projetos legislativos, não é um direito novo. Parece ser também esta a opinião da Vice-presidente da Comissão Europeia, VIVIANE REDING¹⁸⁴, em discurso a 22 de janeiro de 2012.¹⁸⁵

A meu ver, e concordando com DAVID LINDSAY¹⁸⁶, o direito a ser esquecido foi “pensado” para abranger no seu âmbito de proteção os dados pessoais constantes da Internet e, deve acrescentar-se, mais dirigido aos motores de pesquisa, realidade essa que não consta da Diretiva 95/46/CE, atendendo que a mesma remonta a 1995.

De facto, conjugando o que diz o art.17º da proposta de Regulamento com a decisão do TJUE proferida a 13 de maio de 2014¹⁸⁷, o direito a ser esquecido confere ao titular dos dados pessoais um direito não só ao apagamento dos dados/informações pessoais do *site* em que eles se encontrem, como também garante um direito à cessação da continuidade da difusão desses dados (ou pelo menos dificulta a sua difusão futura, pensando que é sempre possível que os dados tenham sido copiados e por isso poderão voltar a estar disponibilizados), por via do apagamento dos mesmos na própria lista de resultados exibida pelos

¹⁸⁴ “The Internet has an almost unlimited search and memory capacity. So even tiny scraps of personal information can have a huge impact, even years after they were shared or made public. **The right to be forgotten will build on already existing rules to better cope with privacy risks online.**”.

¹⁸⁵ VIVIANE REDING, “The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in Digital Age”, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm.

¹⁸⁶ *ob.cit.*, pp.292 e 313 — O autor faz uma distinção entre direito ao apagamento e direito a ser esquecido. No seu entender, enquanto o primeiro se refere ao direito dos titulares dos dados pessoais a que os seus dados não sejam armazenados e processados além do necessário, o direito a ser esquecido apresenta-se como uma tentativa de lidar com o problema da eternidade digital, procurando estender o direito ao apagamento dos dados constante da lei de proteção de dados pessoais aos dados que persistem *online*.

¹⁸⁷ Acórdão já mencionado do TJUE proferido no âmbito do processo «Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González». No acórdão referido colocou-se, entre as questões prejudiciais, a questão de saber se o direito de apagamento e/ou [de] oposição em conjugação com o ‘direito a ser esquecido’ poderiam ser exercidos pelo titular dos dados pessoais contra os motores de pesquisa por forma “a impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas *web* de terceiros (...)”. O tribunal pronunciou-se positivamente quanto a esta questão.

motores de pesquisa, aquando da formulação da pesquisa. Nesta medida, o direito a ser esquecido pode ser entendido como um “direito ao apagamento qualificado”, mais vocacionado para as situações informáticas.

Nesta medida, entendo que a epígrafe é enganadora e, como tal, deveria ser alterada para “Direito ao apagamento”¹⁸⁸, “Direito a ser esquecido” ou para “Direito a ser esquecido ou direito ao apagamento”, por forma a evitar suposições sobre a existência de um direito novo que efetivamente não existe.

Desta forma, o direito a ser esquecido não é um direito novo; é, antes, um termo novo¹⁸⁹ para um direito que já existia e que foi concretizado e alargado pela proposta de Regulamento.

2.5. Consequências do não cumprimento das obrigações decorrentes do exercício dos direitos para o responsável pelo tratamento (e para os “terceiros”)

A diretiva 95/46/CE prevê a possibilidade de os titulares dos dados pessoais que estão a ser tratados apresentarem um pedido para proteção dos seus dados pessoais ou um pedido de verificação da licitude do tratamento.¹⁹⁰ Para além destas garantias, existe ainda a possibilidade de recurso judicial para as situações em que se verifique uma violação dos direitos que assistem aos titulares em proteção de dados¹⁹¹. No que diz respeito às sanções a aplicar em caso de violação das disposições da Diretiva, esta opta por “passar a palavra” aos

¹⁸⁸ Neste sentido, é de concordar com a emenda à proposta pelo Parlamento Europeu, em opinião dada a 28 de janeiro de 2013, p.67, segundo a qual, a epígrafe deveria ser alterada para “Direito ao apagamento” com base no carácter enganador da epígrafe proposta pela Comissão. Esta opinião pode ser consultada em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-496.497%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>.

¹⁸⁹ ROLF H. WEBER, “The Right to be Forgotten: more Than a Pandora’s Box?” in *JIPITEC*.2, 2011, p.120, disponível online em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084>.

¹⁹⁰ Cfr. art.28º/4 da Diretiva 95/46/CE.

¹⁹¹ Cfr. art.22º da Diretiva 95/46/CE.

Estados membros, conferindo-lhes a tarefa de serem eles a determinação das sanções.^{192e193}

A proposta de Regulamento apresenta-se muito mais exaustiva em matéria de responsabilidade e sanções. Em primeiro lugar, ao contrário da Diretiva, consagra expressamente o direito à queixa. Assiste ao titular o direito de apresentar queixa a uma autoridade de controlo quando considere que o tratamento dos seus dados pessoais não respeita o Regulamento. Consequentemente, o titular dos dados pessoais pode ainda apoiar-se no direito de ação judicial quando não obtenha um seguimento da sua queixa ou ainda contra as decisões da entidade de controlo¹⁹⁴.

Existe ainda, à semelhança da Diretiva, a possibilidade de os titulares recorrerem à via judicial contra um responsável pelo tratamento (ou um subcontratante) quando considerem ter existido uma violação dos seus direitos previstos no Regulamento¹⁹⁵.

Relativamente às sanções delimitadas para o não cumprimento das obrigações decorrentes do exercício dos direitos pelos titulares dos dados pessoais, estas são de carácter administrativo e encontram-se expressas no art.79º do Regulamento. As sanções dizem respeito à aplicação de multas que podem ir até 1 000 000€ (sendo uma pessoa singular) ou 2% do volume de negócios anual mundial (para pessoas coletivas) e variam consoante o direito ou obrigação violada, a sua gravidade e duração.

As consequências devem valer para todos os responsáveis pelo tratamento desses dados que não tenham cumprido as obrigações emergentes do exercício do direito.

¹⁹² Cfr. art.24º da Diretiva 95/46/CE.

¹⁹³ A Lei nº67/98 de 26 de outubro relativa à proteção de dados desenvolve esta matéria a partir do art.35º.

¹⁹⁴ Cfr. art.74º da proposta de Regulamento.

¹⁹⁵ Cfr. art.75º da proposta de Regulamento.

2.6. O tratamento de dados pessoais nas redes sociais e a exceção *Household*

As redes sociais assumem-se, a par com os motores de pesquisa e os sistemas de computação em nuvem¹⁹⁶, como uma das maiores preocupações ao nível da proteção de dados pessoais devido essencialmente ao seu caráter de fonte (gigante) de informação pessoal¹⁹⁷ e consequente tratamento massivo da mesma¹⁹⁸. Perante esta preocupação, surge a necessidade de apurar a responsabilidade pelo tratamento que incida sobre os dados pessoais presentes nas redes sociais. Para tal, é necessário analisar em primeiro lugar o âmbito de aplicação territorial da norma de proteção de dados e, em segundo lugar, o seu âmbito de aplicação material, nomeadamente a extensão da cláusula de exceção *household*.

Por forma a garantir os direitos dos titulares em matéria de proteção dos dados pessoais¹⁹⁹, torna-se imperativa a atribuição de responsabilidades.²⁰⁰ E, para que esta seja efetiva, é necessário que os responsáveis pelo tratamento estejam sujeitos à diretiva nº 95/46/CE. De acordo com a mesma, os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais estão sujeitos à diretiva quando estes estejam sediados no território de um Estado-membro ou, não estando, a legislação nacional que tenha transposto a diretiva seja aplicável por força do Direito Internacional Público ou ainda quando o responsável recorra a meios

¹⁹⁶ Vulgarmente conhecido pelo termo utilizado na língua inglesa *Cloud Computing*. Esta é uma tecnologia que permite aceder remotamente, através da Internet, a programas (softwares), arquivos (documentos, músicas, jogos, fotos, vídeos) e serviços. Permitindo guardar os ficheiros na Internet, é possível aceder aos mesmos onde quer que estejamos através de qualquer computador, Tablet ou telemóvel. São exemplos de aplicações que cabem neste conceito, os serviços de e-mail como o *Outlook* ou o *Gmail*, os discos virtuais da Internet como o *Dropbox* ou o *OneDrive*, sites de armazenamento e partilha de fotos e vídeos como o *Youtube*. Informação retirada de: <http://www.infowester.com/cloudcomputing.php> e de <http://www.infoescola.com/informatica/computacao-em-nuvem/>.

¹⁹⁷ Fonte de informação não só relativa aos seus usuários como também de outras pessoas que com estes se relacionem, nomeadamente através de fotografias.

¹⁹⁸ ANTONIO TRONCOSO REIGADA, “Las redes sociales... Parte una”, *cit.*, p.64.

¹⁹⁹ Refiro-me aqui aos titulares que sejam cidadãos da UE.

²⁰⁰ Remeto para o ponto 2.3.4 deste trabalho em que concluí pela responsabilidade dos fornecedores dos serviços das redes sociais pelo tratamento dos dados pessoais.

automatizados ou não situados num território de Estado-membro, exceto se esses meios só forem utilizados com fins de trânsito.

A proposta de Regulamento relativa à proteção de dados analisada anteriormente procura resolver a problemática sobre a jurisdição e lei aplicável às empresas internacionais – como as redes sociais, motores de pesquisa e serviços de computação em nuvem – que não tenham a sua sede na UE, mas que oferecem serviços de tratamento de dados nesse território. Assim, vigorando a proposta de Regulamento, sempre que a atividade de tratamento levada a cabo pelos seus responsáveis esteja relacionada com a oferta de bens e serviços a pessoas que residam na UE ou com o controlo do seu comportamento, estará sujeita à norma europeia, quer a empresa que presta os serviços tenha sede na UE quer não tenha²⁰¹ e ²⁰². Tal alteração é complementada pela obrigação imposta ao responsável pelo tratamento que não esteja sediado na UE para designar um representante que atue por ele na UE²⁰³.

É ainda relevante apurar se o tratamento de dados pessoais levado a cabo pelos fornecedores dos serviços de redes sociais está ou não materialmente abrangido pela diretiva e/ou pela proposta de Regulamento.

A Diretiva 95/46/CE prevê no seu art.2º, sob epígrafe “Âmbito de aplicação”, duas exceções ao tratamento de dados pessoais: quando este seja efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário ou tenha como objeto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado e as atividades do Estado no domínio do direito penal e exclui, ainda, do seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais “efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas”. A proposta de Regulamento fez apenas uma pequena modificação, acrescentando que para que o tratamento efetuado por uma pessoa singular no

²⁰¹ Cfr. art. 3º/2.

²⁰² ANTONIO TRONCOSO REIGADA, “Las redes sociales...Parte una”, *cit.*, p.66.

²⁰³ Cfr. art. 4º/14.

exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas beneficie desta exclusão, este tem de ser efetuado sem fins lucrativos.

A exceção *household* aplica-se ao tratamento de dados pessoais que afete meramente a esfera familiar e/ou de amizade.

Claramente, a exceção não se pode aplicar, nos dias de hoje, aos responsáveis pelo tratamento, como o fornecedor do serviço da rede social *facebook*, que fornecem os meios para o processamento de dados para atividades pessoais ou de uso doméstico.

A questão é a de saber se no caso de serem os usuários a tratar os dados pessoais nas redes sociais, nomeadamente quando estes copiam dados pessoais publicados por um outro usuário e os republicam, este tratamento está excluído ou não do âmbito de aplicação material da diretiva ou da proposta de Regulamento.

O Grupo de trabalho do artigo 29º emitiu uma opinião sobre esta questão a 12 de junho de 2009²⁰⁴, na qual considerou que a exceção “household” não poderia ser aplicada aos usuários das redes sociais em certas circunstâncias, nomeadamente: quando estes ajam em nome de uma empresa ou associação ou se sirvam da rede social para promover objetivos comerciais, políticos ou de caridade; também nos casos em que as informações podem ser acedidas não só por um grupo de amigos restrito e previamente selecionado mas por todos os membros da rede social em questão.

O grupo considera, ainda, que no caso de o utilizador atingir um número de tal maneira elevado de amigos e, portanto, pessoas que terão livre acesso às informações disponibilizadas pelo usuário, tal poderá indiciar a não aplicação da exceção²⁰⁵. Finalmente, não deve essa exceção vigorar perante a possibilidade de essa informação ser indexada pelos motores de pesquisa fora da própria rede.

²⁰⁴ Parecer nº 5/2009 que pode ser consultada em: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_pt.pdf.

²⁰⁵ Também no sentido de que quando as informações alvo de tratamento sejam acessíveis a um indefinido número de pessoas este tratamento deixa de beneficiar desta exceção, *cfr.* a decisão do TJUE proferida no âmbito do processo C-101/01 (caso “Bodil Lindqvist”) a 6 de novembro de 2003. No caso em

Apesar de essas ideias não estarem consagradas nem na diretiva nem na proposta de Regulamento, as mesmas devem ser tidas em conta nas decisões de atribuição de isenção pelas autoridades de proteção de dados, visto que não se pode conceber que tratamentos que pressupõem uma cessão constante e indiscriminada de dados de terceiros a um número indeterminado de utilizadores não beneficiem da proteção conferida pela diretiva (e pela proposta de Regulamento)²⁰⁶.

apreço, B. Lindqvist, que exercia funções de catequista na paróquia de Alseda (Suécia), criou páginas da Internet, na sua casa e no seu computador pessoal, com o objetivo de possibilitar aos paroquianos que preparam o crisma obter facilmente as informações de que podiam necessitar e, por esse motivo e a seu pedido, foi estabelecida uma ligação entre essas e o *site* da referida igreja. Acontece que nessas páginas constavam informações sobre o seu autor mas também de 18 dos seus colegas da paróquia, informações essas que incluíam o nome, as funções ocupadas pelos mesmos, menções aos seus tempos livres, e em certos casos, os números de telefone e a descrição da situação da vida familiar de forma humorística. Nas mesmas páginas referiu-se ainda à situação de baixa por doença a meio tempo de uma colega devido à sua lesão num pé. A existência destas páginas ou do seu conteúdo não foi transmitida aos colegas cujas informações lá constavam, e portanto, não houve consentimento na divulgação dessas informações. Tendo sido condenado, B. Lindqvist interpôs recurso ao órgão jurisdicional de reenvio. Neste contexto e, tendo dúvidas sobre a interpretação da Directiva 95/46, o advogado-geral Göta hovrätt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça algumas questões prejudiciais. Entre as mesmas, constava uma relativa à aplicação da exceção “household”, questionando-se se a recolha de dados pessoais dos colegas colocando-os numa página privada, podendo, no entanto, ser visualizada por todos que tenham conhecimento do endereço da página, se estava excluída do âmbito de aplicação da diretiva tendo em conta a exceção referida. O TJUE considerou que o caso em apreço não beneficiava da exclusão de “household” dado que as informações eram disponibilizadas a um número indefinido de pessoas.

Este acórdão pode ser consultado, na língua portuguesa, em: https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEIQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FMEG_MA_6027.doc&ei=NLSrVJDLCon0UsPvg7AL&usg=AFQjCNGaOCQhOk9aaXJw502RvjbgkVkFA&sig2=_yFd5_Rz_puqqTdP0afoXQ&bvm=bv.82001339,d.d24.

²⁰⁶Neste sentido, ANTONIO TRONCOSO REIGADA, “Las redes sociales...Parte una”, *cit.*, p.69.

3. Proteção do Direito a ser esquecido no âmbito dos Direitos de Personalidade

No ponto anterior, procurei delimitar a existência do direito a ser esquecido integrado no direito geral à proteção de dados. Constatou-se, após a análise da Diretiva 95/46/CE, que, apesar de não ser designado pelo nome, o direito a ser esquecido efetivamente existe, ainda que integrado nos outros subdireitos, ou se se preferir, como resultado do exercício dos mesmos. Com a proposta de Regulamento geral relativa à proteção de dados pessoais, essa existência foi confirmada, concretizada e ampliada pela inserção expressa do direito a ser esquecido no art.17º. Como foi perceptível, a via legal não consegue acompanhar a tecnologia, pelo que a efetivação prática do direito a ser esquecido não é total. Neste sentido, tornou-se relevante elencar outras formas de tornar o direito a ser esquecido mais efetivo.

Neste ponto, a ideia é a de averiguar, não de forma exaustiva, tendo em conta o receio de uma dispersão grande face ao tema central, se o direito a ser esquecido pode garantir ou contribuir para uma maior efetivação de certos direitos de personalidade, nomeadamente o direito à reserva da vida privada, o direito à honra, o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.1. Direitos de personalidade

A personalidade é algo anterior ao Direito ²⁰⁷, na medida em que acompanha o indivíduo desde o início até ao fim da sua vida. Em função disso, sentiu-se a necessidade de criar instrumentos jurídicos com vista à sua proteção por parte do Estado²⁰⁸.

²⁰⁷ CLÁUDIA TRABUCO, “Dos contratos relativos ao direito à imagem” in Separata da Revista *O direito*, ano 133º, nºII, 2001, p. 393.

²⁰⁸ PAULO MOTA PINTO, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p.151.

Os direitos de personalidade são, dado o seu carácter de essencialidade, geralmente inatos ao ser humano, no sentido em que lhe assistem única e exclusivamente por possuir personalidade jurídica ²⁰⁹. Para além da essencialidade e do seu carácter originário, os direitos de personalidade têm ainda outras características que os distinguem de outros direitos. Em primeiro lugar, são direitos subjetivos e são geralmente não patrimoniais ²¹⁰. Os direitos de personalidade estão, nas palavras de ADRIANO DE CUPIS ²¹¹, numa relação “orgânica” ²¹² face ao seu titular e, por essa razão, se aponta a intransmissibilidade e a indisponibilidade como elementos que integram os direitos de personalidade. É ainda apontada, como característica destes, a irrenunciabilidade que está associada à característica da essencialidade ²¹³.

Os direitos de personalidade visam efetivar o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana e têm como meios um conjunto de poderes de diferente natureza que visam assegurar a realização desse fim ²¹⁴. Nesta medida, quando é lesado um direito de personalidade, nasce na esfera jurídica do lesado um direito ao ressarcimento do seu dano.

Entre nós, o Código Civil dedica um conjunto de artigos aos direitos de personalidade ²¹⁵.

Os direitos de personalidade são geralmente divididos entre o Direito geral da personalidade e os Direitos especiais de personalidade. Esta divisão, que tem o apoio da lei, aponta no sentido de que a enumeração dos direitos de personalidade especiais não é taxativa nem demonstra uma maior importância destes face a outros direitos de personalidade, resultando antes da maior

²⁰⁹ ADRIANO DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, Livraria Moraes Editora, Lisboa, 1961, p.20.

²¹⁰ Na sua maioria pode considerar-se que os direitos de personalidade possuem natureza não patrimonial, ou seja não são avaliáveis em dinheiro. No entanto existem hoje direitos que podem atingir um alcance patrimonial ao serem passíveis de avaliação em dinheiro e negociados no mercado, tal é o caso do direito à imagem ou do direito ao nome - ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV – Parte Geral: Pessoas, 3ª edição, Almedina, Coimbra, pp.107 e 108.

²¹¹ *Ob.cit.*, p.22.

²¹² O autor evidencia aqui o nexo tão estreito existente entre os direitos de personalidade e o seu titular.

²¹³ ADRIANO DE CUPIS, *ob.cit.* p.53.

²¹⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, p.60.

²¹⁵ Artigos 70º a 81º do CC.

frequência de violações destes direitos específicos. Desta forma, para além destes, existem outros direitos de personalidade cuja proteção é assegurada por via do Direito Geral da personalidade²¹⁶.

O Direito Geral da personalidade surgiu na Alemanha com os objetivos de suprir as lacunas que já se faziam sentir nessa matéria e de evitar que futuras lesões da personalidade, potenciadas pelo desenvolvimento, ficassem sem qualquer proteção²¹⁷. Desta forma, reconhecer um direito geral da personalidade traduz-se na proteção da personalidade humana em todas as suas manifestações, quer estas sejam atuais ou futuras, garantindo a sua livre realização e desenvolvimento²¹⁸. Neste sentido, o Direito geral da personalidade assume-se como um “Direito-mãe”, ao qual se recorrerá sempre que a situação não caiba em nenhum dos direitos especiais elencados pela lei.

O Direito Geral de personalidade está consagrado no art.70º do CC e os direitos especiais (nomeadamente, o Direito ao nome, o Direito à imagem e o Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) nos restantes artigos. No primeiro podem integrar diversos direitos subjetivos de personalidade, englobando, desde logo, o direito à vida, o direito à honra ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

3.2. Direito a ser esquecido como garante do direito à reserva da intimidade da vida privada

O direito à reserva da Intimidade da vida privada surgiu na era da “revolução da informação”²¹⁹. A origem do reconhecimento de um direito à privacidade é atribuída a Louis Brandeis e Samuel Warren, que defenderam pela

²¹⁶ A expressão “direito geral de personalidade” não deve aqui ser tomada à letra na medida em que tal expressão poderia indiciar um objeto indefinido. Desta forma, utilizar-se-á a expressão “direito geral” neste contexto como proteção geral da personalidade ou como a regra geral de proteção da mesma. Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., pp.103 e 104.

²¹⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, cit., p.62.

²¹⁸ PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre...*, cit., p.172.

²¹⁹ MANUEL JANUÁRIO GOMES, *ob.cit.*, p.24.

primeira vez a existência de um direito à privacidade, no artigo “The Right to Privacy”²²⁰ publicado em 1890. No artigo referido, os autores conceberam este direito como um direito a estar só («right to be alone»), um direito à intimidade da vida privada e familiar que possibilitasse uma distância em relação às pessoas estranhas e que protegesse os indivíduos da difusão não autorizada desse “espaço pessoal”. Em caso de violação deste direito, defenderam os autores, do referido artigo, que o ofendido teria direito a uma indemnização por danos causados. Contudo, o impacto desta novidade não foi de imediato significativo, tendo sido apenas em 1905 que, pela primeira vez, um tribunal aplicou este direito²²¹.

Este direito encontra-se contemplado, a nível internacional, no art.12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art.8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e ainda no art.17º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e a nível interno encontramos a proteção deste direito tanto no art.26º da nossa CRP como no art.80º do CC, preenchendo aqui um lugar entre os direitos de personalidade especiais autonomamente consagrados. De seguida focar-me-ei na proteção conferida a este direito no nosso OJ, procurando, não pretendendo ser exaustiva, delimitar o conteúdo deste direito e a sua ligação com o direito a ser esquecido.

Com vista a apurar o conteúdo deste direito, a doutrina apoia-se por vezes numa teoria criada pela doutrina Alemã: a “Teoria das três esferas”, segundo a qual, a reserva da vida privada dividir-se-ia em esfera íntima²²², esfera privada e esfera pública/social. Tal teoria provoca muitas divisões na doutrina portuguesa,

²²⁰ SAMUEL D. WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, “The Right to Privacy” in *Harvard Law Review*, Vol. 4, Nº. 5, December 15, 1890, pp. 193-220.

²²¹ Segundo o autor ARTHUR RAPHAEL MILLER *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*; Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 1971, p.172, disponível online em: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015003835124;view=1up;seq=194>.

²²² Em termos genéricos, a esfera íntima seria constituída pelos factos que deveriam em absoluto ser subtraídos ao conhecimento dos outros, a esfera privada compreenderia os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número limitado de pessoas e a reserva social ou pública diria respeito aos factos suscetíveis de ser conhecidos por todos.

havendo mesmo quem negue a sua aplicabilidade prática²²³, outros que não a utilizam invocando que a lei portuguesa não adotou essa teoria²²⁴, e, no entanto, a nossa lei ao utilizar a palavra “intimidade”, nos arts. 26.º/1 da CRP e 81.º do CC, parece apontar para uma proteção reduzida à esfera íntima.

Contudo, procedendo a uma análise da base legal existente no nosso ordenamento jurídico, verifica-se que não existe nem menção, pelo menos expressa, desta teoria nem uma definição única deste direito, o que pode estar relacionado com a formulação legal que faz depender a dimensão deste direito de critérios objetivos e subjetivos²²⁵. De facto, o nº2 do art.80º faz depender a extensão do mesmo à natureza do caso e da condição das pessoas²²⁶. Desta forma, demonstra que o conteúdo deste direito não é o mesmo para todas as situações, variando em função do circunstancialismo existente no caso concreto²²⁷.

Com o fim de encontrar a relação existente entre este e o direito a ser esquecido, torna-se necessário “esmiuçar” o conteúdo deste direito, procurando definir o(s) interesse(s) que lhe está/ão subjacente(s).

Em primeiro lugar, e concordando com PAULO MOTA PINTO²²⁸ e J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²²⁹, os interesses subjacentes a este direito podem reconduzir-se a dois: o interesse na não intrusão ou o direito a impedir o acesso

²²³ Entre estes, destaca-se PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Direito de personalidade, cit.*, pp.80-81. Segundo este autor, esta teoria não corresponde à realidade existente. Para ele, não existe um “tudo ou nada”, não podemos concluir que isto é sempre íntimo, aquilo é sempre privado e o resto é sempre público, mas sim que “isto é mais íntimo ou mais privado que aquilo...” atendendo ao caso concreto.

²²⁴ Destaca-se entre os mesmos, PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva...”, *cit.*, p. 524, nota nº122.

²²⁵ MANUEL JANUÁRIO GOMES, *ob.cit.*, p.31.

²²⁶ A natureza do caso prende-se com as circunstâncias em concreto que levaram à intromissão na esfera privada do outro. Se se revelar justificada essa intromissão, então a extensão deste direito ficará mais reduzida. Relacionado com o critério da condição das pessoas, costuma falar-se no “Custo de notoriedade” (MANUEL JANUÁRIO GOMES, *ob.cit.*, p.32). Ou seja, a extensão do direito à reserva da intimidade privada está dependente da notoriedade da pessoa em causa, sendo mais reduzida quanto mais famosa a pessoa for”- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, pp.265 e 266.

²²⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, vol.43, nº1,2002, p.17.

²²⁸ Em “O direito à reserva...” *cit.*, pp.506, 508-509 e 535-536.

²²⁹ *ob.cit.*, pp.467 e 468.

de terceiros às informações pertencentes à esfera privada dos outros²³⁰ e o interesse em impedir a divulgação da informação pertencente a essa esfera. Desta forma, é possível constatar que o objeto do direito à reserva da intimidade da vida privada são as informações ou dados pertencentes a essa esfera.

Com o desenvolvimento da informática e consequente informatização dos dados, verificou-se um aumento considerável de violações à privacidade das pessoas. De facto, a facilidade de divulgação de informações em tempo real, aliada à falta de controlo nas publicações permitida pela Internet e ao armazenamento *ad aeternum* dos dados que tenham sido publicados, levou a que a esfera privada das pessoas fosse constantemente atingida. Hoje em dia, uma pessoa consegue violar a privacidade de outra em segundos, por exemplo publicando uma conversa privada, de carácter íntimo, que se teve com outra pessoa num *site* acessível a todos. Para tornar a situação mais grave, essas informações, maioritariamente, permanecerão eternamente na Internet.

Outro problema emergente do desenvolvimento das novas tecnologias prende-se com o facto de o computador não só facilitar a acumulação de informações, mas também de facilitar a interconexão de dados pessoais, proporcionando desta forma um maior controlo sobre a vida das pessoas²³¹.

Tendo em vista proteger as pessoas de estas e de outras situações, torna-se necessário o reconhecimento e a efetividade de um direito a ser esquecido. Desta forma, o direito a ser esquecido não atuaria preventivamente, ou seja não impediria a violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, mas atenuaria as consequências negativas que adviriam da mesma, ao reduzir a facilidade de acesso e de divulgação da informação²³².

²³⁰ A exclusão da liberdade de acesso às informações pertencentes à esfera privada de determinado indivíduo tem como pressuposto a falta de interesse justificativo por parte de terceiros em aceder a essas informações. Neste sentido, MARIA EDUARDA GONÇALVES, *Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Almedina, Coimbra, abril de 2003, p.83.

²³¹ MARIA EDUARDA GONÇALVES, *ob. cit.*, pp.84 e 85.

²³² Sendo o direito a ser esquecido, da forma como foi concebido, exercido, então a informação pessoal seria apagada tanto do *site* em que foi publicada como da lista de resultados fornecida pelos motores de pesquisa. O apagamento não iria impedir a continuidade da divulgação e consequente acesso daquela informação, pois como já foi referido, o direito a ser esquecido implementado apenas por via legal não

3.3. Direito a ser esquecido como garante do direito à honra

O direito à honra assume-se como um dos mais importantes direitos de personalidade.

Não estando previsto no CC como um dos “direitos especiais” de personalidade, a honra é um dos direitos de personalidade abrangidos pelo art.70º do CC. Com efeito, a violação à honra traduz-se numa violação à personalidade moral das pessoas. Este direito é ainda reconhecido enquanto direito de personalidade pelo art.26º da CRP, mediante a designação “Direito ao bom nome e reputação”. Também encontramos a sua tutela em matéria de responsabilidade civil, pelo art.484º do CC cuja epígrafe é “Ofensa do crédito ou do bom nome”.

O direito à honra goza também de proteção penal, nomeadamente através dos tipos incriminadores relativos à difamação (art.180ºCP) e à injúria (art.181ºCP).

Dada a dificuldade em definir o conceito de «honra», esta é geralmente dividida em duas vertentes²³³: uma vertente pessoal e uma vertente social. Na primeira, a «honra» traduz-se na própria dignidade pessoal, na consideração/estima que cada pessoa tem de si mesma²³⁴; na segunda, a «honra» traduz-se na reputação que cada pessoa tem perante os outros, na opinião que os outros têm sobre nós.

A reputação da pessoa constitui um elemento essencial para que ela possa atingir a posição pretendida na sociedade, tanto ao nível profissional, como social. Assim, é essencial que não esteja “manchada”.²³⁵

consegue impedir cópias feitas anteriormente ao apagamento. No entanto, reduz muito significativamente essa continuidade, até que alguém volte a colocar a mesma informação outrora copiada para o seu computador. Isto demonstra que a eficácia do direito a ser esquecido dependerá também em grande parte da rapidez com que este seja pedido e deferido.

²³³ Neste sentido ver, por exemplo, PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Direito de Personalidade, cit.*, p.76.

²³⁴ Vista desta vertente, a honra da pessoa (ou dizendo por outras palavras, a imagem que a pessoa tem de si mesma) pode ser ofendida mediante a atribuição à mesma de qualidades e/ou atos eticamente desapreciados.

²³⁵ Quando se fala em reputação, poder-se-á estar a referir a reputação pessoal, reputação profissional, reputação familiar, reputação política, etc. - ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, pp.191 e 193.

A honra é um direito inerente ao ser humano, não necessitando de qualquer requisito adicional para além do pressuposto da personalidade²³⁶. Por essa razão, a ninguém deve ser negado, independentemente de as pessoas serem honestas ou desonestas, de terem boa ou má reputação²³⁷. No entanto, poderá haver lugar à deterioração da reputação²³⁸, resultante da diminuição da consideração que a pessoa tinha por si mesma ou de que usufruía na sociedade, proporcionada por atos, considerados reprováveis, praticados pela própria pessoa ou que lhe sejam imputados por terceiros. Serão ilícitas as ofensas à honra, tanto as que se traduzam numa agravação da consideração que a pessoa tem por si própria, como aquelas que agravem a sua reputação no meio social²³⁹.

Coloca-se a questão de saber se o direito à honra, apenas, pode ser invocado nos casos em que a afirmação divulgada acerca de uma pessoa não corresponda à verdade, ou se, ao invés, quando o agente consiga provar a verdade daquilo que afirmou, o direito à honra não deve proceder. No entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁴⁰, “Tudo o que seja amputar a verdade, transmiti-la a sugerir algo diverso do que dela resulte, redigi-la de modo a provocar valorações tendenciosas, levantar dúvidas ou reticências ou fabricar notícias por qualquer modo, não pode reivindicar a *veritas*”. Na verdade, defender uma «*exceptio veritatis*» como regra geral, tornaria o âmbito de aplicação deste direito muito mais reduzido, ao não abranger as situações em que as violações ocorrem de forma indireta e subtil²⁴¹. Com efeito, a par de uma

²³⁶ ADRIANO DE CUPIS, *ob.cit.* p.115.

²³⁷ JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUES, *ob.cit.*, p.294.

²³⁸ No sentido em que pode ocorrer também a perda da reputação, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade, cit.*, p.77.

²³⁹ *Ibidem*, p.77.

²⁴⁰ Em *Tratado..., cit.*, p.197.

²⁴¹ É frequente as revistas colocarem na capa das mesmas títulos sugestivos por forma a atrair a atenção de potenciais leitores. No entanto, o que se verifica é que muitas vezes esses títulos são enganosos, não correspondendo ao conteúdo do artigo da revista para o qual remetem. No artigo podem constar informações verdadeiras mas o leitor que leia apenas o título, presente na capa da revista, ficará com uma ideia incorreta do que realmente aconteceu. São esses títulos enganosos que geralmente ferem a honra de alguém.

informação falsa, tendenciosa ou incompleta, também, em determinadas circunstâncias, uma informação verdadeira pode ferir a honra de alguém.

Contudo, apesar de não constituir regra no nosso *o.j.*, também, não pode ser negada, de todo, a «*exceptio veritatis*», atendendo que a mesma existe em determinados casos específicos, nomeadamente no tipo incriminador relativo à difamação (contemplado no art.180ºCP), quando a divulgação da informação seja feita com vista a realizar interesses legítimos (incluindo-se aqui o interesse público)²⁴².

O direito a ser esquecido pode estar relacionado com o direito à honra. Na Era virtual, em que vivemos, onde as informações, não sujeitas a qualquer teste de polígrafo ou qualquer outro controlo, são divulgadas a uma velocidade extraordinária, é bastante previsível a existência de violações à honra das pessoas que por essas informações são afetadas.

O fator tempo assume-se também como preponderante na aferição da violação ou não deste direito, visto que, no momento em que uma informação pessoal é publicada e divulgada na Internet, ela pode ser verdadeira (ainda que prejudicial, no que diz respeito à reputação da pessoa a que se refere) e ser considerado relevante o seu conhecimento pelos demais mas, com o passar do tempo, ela poderá deixar de corresponder à verdade ou deixar de ser relevante o seu conhecimento pelos outros. Nesta situação, a manutenção da informação, num espaço acessível a grande parte das pessoas de todo o mundo, pode por sua vez atentar contra a honra dessa pessoa, na medida em que se vê impossibilitada de recuperar a reputação perdida.

²⁴² “Artigo 180º - Difamação:

1 - Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

2 - A conduta não é punível quando:

a) A imputação for feita para realizar interesses legítimos; e

b) O agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.”

Perante esta situação, este direito só se tornaria verdadeiramente eficaz com o apagamento ou a atualização dessa informação. Portanto, também, aqui o direito a ser esquecido é chamado a agir por forma a conferir uma maior efetividade a este direito de personalidade. Desta forma, é possível afirmar que o direito a ser esquecido contribuiria, de forma significativa, para a garantia deste direito de personalidade.

3.4. Direito a ser esquecido como garante do Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

A personalidade não é algo que esteja predeterminado, não deve ser vinculada mediante um qualquer padrão nem é, geralmente, estática. A personalidade é algo que se constrói através do caminho escolhido e das decisões tomadas pela própria pessoa²⁴³ e é, deste modo, um forte fator de diferenciação entre os indivíduos.

O direito ao desenvolvimento da personalidade visa proteger a individualidade de cada um, promover o desenvolvimento das características individuais e a liberdade de escolhas e caminhos²⁴⁴. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “A pessoa, deve poder ser e devir o que bem entender”.²⁴⁵

Este direito foi introduzido expressamente no art. 26º da CRP, decorrente da revisão Constitucional ocorrida em 1997.

Por forma a garantir a efetividade deste direito, ao indivíduo devem ser concedidos *poderes jurídicos*²⁴⁶ com vista a promover o desenvolvimento da sua personalidade diante do Estado e perante terceiros. Torna-se também necessário o cumprimento, por parte do Estado e dos demais indivíduos, de *deveres jurídicos*

²⁴³ PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.152.

²⁴⁴ FELIPE ARADY MIRANDA, *O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade*, in “Revista do Instituto do Direito Brasileiro” (RIDB), Ano 2, nº10, 2013, p.11177, disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_10_11175_11211.pdf.

²⁴⁵ Em *Direito de Personalidade*, cit., p.75.

²⁴⁶ Por exemplo, o poder de um indivíduo exigir do Estado a criação de serviços de saúde, ou de exigir de um médico que ele o opere quando isso lhe seja permitido e acessível, e essa seja a única hipótese de salvação daquele indivíduo.

de abstenção ou, dito por outras palavras, deveres de não interferência com vista a prejudicar o desenvolvimento da personalidade alheia e, em determinados casos, *deveres jurídicos* de ação do Estado de promover meios ao indivíduo para que este desenvolva a sua personalidade como entender²⁴⁷.

Este direito contempla uma proteção geral da personalidade²⁴⁸ e um direito geral de liberdade, no sentido em que reconhece uma liberdade geral de ação^{249e250}.

Iniciando a análise do direito ao desenvolvimento da personalidade enquanto direito geral de liberdade, torna-se oportuno referir que, apesar da designação deste direito na CRP não conter a palavra “livre” (contrariamente ao que se passa na Alemanha), deverá entender-se que a liberdade é-lhe inerente. Neste sentido, é considerado um direito de liberdade²⁵¹. É um direito que se traduz na liberdade do indivíduo desenvolver²⁵² a sua personalidade com autodeterminação²⁵³. Esta liberdade assume-se como uma decorrência da dignidade da pessoa, enquanto valor fundamental reconhecido pela CRP²⁵⁴. Considerando-se um direito geral de liberdade, apenas se recorrerá ao direito ao [livre] desenvolvimento da personalidade, quando o ato praticado naquele caso

²⁴⁷ RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p.353-354; FELIPE ARADY MIRANDA, *ob.cit.*, p.11179; PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.159.

²⁴⁸ Concordando com o autor PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.173, deverá entender-se que o Direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui, em certa medida, o fundamento do reconhecimento, legislativo e jurisprudencial, do Direito geral de personalidade.

²⁴⁹ De facto, inerente ao desenvolvimento da personalidade está a liberdade. O indivíduo só conseguirá desenvolver, totalmente, a sua personalidade se usufruir de liberdade de ação.

²⁵⁰ PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.164.

²⁵¹ *Ibidem*, p.160.

²⁵² Esta liberdade, segundo PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.203, aplica-se tanto à decisão de agir como à de não agir.

²⁵³ CAPELO DE SOUSA, *ob.cit.*, pp.356-457, elenca um conjunto de situações em que essa autodeterminação deve atuar, nomeadamente na “possibilidade de escolha de finalidades ou objectivos, na recolha das informações e no empreendimento das ações, na abertura aos outros do seu ser pessoal, na promoção personalizada das atividades (...), na auto-avaliação dos dados da informação e dos resultados da ação e na adesão ideológica, filosófica, ética, religiosa, política, económica e cultural.”

²⁵⁴ Desta forma, embora o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tenha sido apenas consagrado, expressamente, no art.26º da CRP com a revisão constitucional ocorrida em 1997, deve assumir-se que ele já existia como resultante da dignidade da pessoa humana, tutelado pelo art.1º da CRP - PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre..., cit.*, p.152.

concreto não esteja contemplado por alguma liberdade especial de ação²⁵⁵. Contudo, são geralmente reconhecidos e aceites limites a esta liberdade geral de ação, desde logo devido ao facto de a liberdade de um chocar com a liberdade dos outros e, neste sentido, a liberdade de um terá de ceder perante a do outro.

Como já foi referido, defender a existência de um Direito geral de personalidade pressupõe a abertura desta proteção a quaisquer atos praticados pelos indivíduos que sejam inerentes à sua personalidade²⁵⁶. O direito ao desenvolvimento da personalidade prossegue essa mesma finalidade, atribuindo uma proteção aberta a quaisquer formas de manifestação de personalidade existentes ou futuras. Neste sentido, servindo-me das palavras de PAULO MOTA PINTO²⁵⁷, o “direito ao livre desenvolvimento da personalidade representou a explicitação de um fundamento constitucional para o direito geral de personalidade no direito português”.

A nossa CRP parece adotar a posição ampla de desenvolvimento de personalidade²⁵⁸, ao não circunscrever o conceito a determinadas atuações de manifestação da personalidade do indivíduo²⁵⁹, antes integrando qualquer manifestação de personalidade, ainda que a mesma não constitua um núcleo essencial ao seu desenvolvimento²⁶⁰.

Nesta medida, uma forma de manifestação da personalidade do indivíduo pode ser encontrada no contexto dos seus dados pessoais. Efetivamente, o direito ao desenvolvimento da personalidade, tendo em conta o contexto atual, exige uma forte proteção do indivíduo face ao tratamento dos seus dados pessoais, de forma a garantir o direito à autodeterminação informacional. Ter a

²⁵⁵ FELIPE ARADY MIRANDA, *ob.cit.*, p. 11184.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp.11182-11183.

²⁵⁷ Em *O direito ao livre...cit.*, p.173.

²⁵⁸ Em contraponto existe a posição restrita, segundo a qual o direito ao desenvolvimento da personalidade está limitado aos “níveis mais elevados do domínio nuclear da personalidade”, ou seja, àquelas atuações que adquirem uma especial relevância para o desenvolvimento da personalidade. Esta posição não é geralmente aceite dado o seu caráter tão restritivo. - PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade, cit.*, pp.168 e 169.

²⁵⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade, cit.*, p.168 e FELIPE ARADY MIRANDA, *ob.cit.*, p.11188.

²⁶⁰ FELIPE ARADY MIRANDA, *ob.cit.*, p.11190.

possibilidade de determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais é claramente uma forma de o indivíduo determinar e desenvolver a sua personalidade²⁶¹. Sendo o direito a ser esquecido uma vertente do direito à autodeterminação informativa, revela-se o mesmo preponderante no objetivo de tornar mais efetivo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. De facto, o poder executar a decisão de ser esquecido pela Internet e consequentemente por todos os seus usuários, decidindo se e quem pode ter acesso aos nossos dados pessoais, revela uma manifestação do desenvolvimento da personalidade de cada um.

Como referido anteriormente, a personalidade é, por natureza, um bem mutável, sendo construída ao longo da vida segundo as escolhas de cada um. Se os dados pessoais permanecerem eternamente acessíveis na Internet ou estiverem a ser constantemente recordados por ela, e tendo em conta a frase popular que nos diz que “o que hoje é, amanhã não o é”, tal pode traduzir-se em correntes e comprometer a liberdade de desenvolvimento da personalidade de cada um²⁶².

Acresce ainda o facto de a divulgação descontrolada e a facilidade de acesso à informação pessoal alheia proporcionada pela Internet, possibilitar, muitas vezes, a construção quase perfeita do perfil de cada um²⁶³, conduz a que, em função de um resultado menos positivo para o indivíduo “pesquisado” lhe sejam negadas certas oportunidades (de emprego, crédito, etc.). Esta perda de oportunidades restringe claramente a liberdade de desenvolvimento da personalidade de cada um, ao afetar os seus planos de vida. Também, desta

²⁶¹PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre...cit.*, pp.184-186, considera não haver a necessidade de recorrer ao direito ao desenvolvimento da personalidade para tutelar o direito à autodeterminação informacional, visto que tal direito pode ser tutelado mediante direitos de personalidade especiais, como o direito à reserva da vida privada, ou direitos fundamentais, nomeadamente o Direito à proteção de dados.

²⁶² A decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de junho de 1973 referente ao caso *Lebach*, já referida, é ilustrativa desta matéria.

²⁶³Acresce ainda a existência de programas que se instalam nos aparelhos informáticos com vista ao registo de todas as operações efetuadas pelos seus utilizadores – os *cookies*. Estes contribuem, em grande medida, para o “desenho” do perfil do utilizador. — LUÍS LINGNAU DA SILVEIRA, *ob.cit.*, p.141.

forma, o direito a ser esquecido, sendo exercido e efetivado, proporciona o livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, podemos encontrar no direito ao desenvolvimento da personalidade um fundamento legal ao nível dos direitos de personalidade para a proteção e a efetivação do direito a ser esquecido.

3.5. Direito a ser esquecido como garante do Direito à identidade pessoal

O direito à identidade pessoal está contemplado no art.26º da CRP e traduz-se no direito à individualização ou no direito a ser diferente dos outros. Marcam a identidade de alguém: a sua aparência, o seu nome, a sua voz, a sua história de vida, as suas qualidades e os seus defeitos.

Este direito será violado, quando a identidade de alguém seja falsificada ou, seja transmitida uma imagem errónea da personalidade de determinada pessoa através de qualquer meio e mediante a utilização da sua identidade²⁶⁴.

Na perspetiva de NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE²⁶⁵, o direito a ser esquecido está intimamente relacionado com o direito à identidade pessoal, desenvolvendo e enriquecendo o conteúdo deste. Tal deve-se ao facto de o direito a ser esquecido, mais do que defender um direito a ser diferente dos demais, proclamar ainda um direito a ser diferente de si próprio²⁶⁶, um direito a apagar os traços que caracterizavam a identidade de cada um no passado e a construir e apresentar ao mundo uma nova e diferente identidade. Segundo este autor, a identidade pessoal deve ser vista como uma narrativa, no sentido em que pode ser alterada consoante o rumo que leve a história e deve permanecer aberta

²⁶⁴ NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE, “El olvido: El derecho a ser diferente...de uno mismo, Una reconsideración del derecho a ser olvidado”, VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidade de la red y otros retos para el futuro de Internet, *in Revista de Internet, Derecho y Política*, número 13 (febrero 2012), p.71, dirigida pela Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível *online* em: http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n13-andrade_esp/0.

²⁶⁵ *Ibidem*, p.71.

²⁶⁶ *Ibidem*, p.71.

à revisão²⁶⁷. Desta forma, o direito a ser esquecido, partilhando o interesse na proteção da identidade de cada um, pode ser visto como uma concretização deste direito de personalidade.

Uma das formas mais comuns de distorcer a identidade de cada um é a ligação que é feita entre um nome e uma notícia pelos motores de pesquisa, ligação esta que permite muitas vezes associar, erroneamente²⁶⁸, um nome ao conteúdo da notícia publicada. A descontextualização²⁶⁹ é talvez o caso em que é mais visível a utilidade da associação entre o direito a ser esquecido e o direito à identidade pessoal.

Desta forma, se o direito a ser esquecido fosse verdadeiramente efetivado, obtendo-se o “esquecimento” das ligações existentes entre um nome e um facto que revele uma identidade passada, também, o direito à identidade pessoal encontraria uma maior proteção e uma maior eficácia.

3.6. Direito a ser esquecido como garante do direito à imagem

O direito à imagem apresenta-se como um direito de personalidade e está contemplado tanto no art.36º da CRP como no art.79º do CC.

Segundo CLÁUDIA TRABUCO²⁷⁰, o direito à imagem como direito de personalidade confere ao titular da imagem não só a exclusividade na reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, mas também o direito a que terceiros não possam praticar esses atos sem o seu consentimento.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp.74 e 75.

²⁶⁸ A associação de um nome a um facto/notícia pode afetar a identidade de alguém quando efetivamente esta associação seja pura e simplesmente aparente — resultando a mesma de uma pesquisa feita através de um motor de pesquisa (devido à sua atividade de indexação dos dados), e a ser assim, poderá aquele nome não estar diretamente relacionado com o título —ou, ao invés, pode essa associação outrora ter existido mas ser desatualizada tendo em conta o passar do tempo e a ocorrência de outros acontecimentos posteriores.

²⁶⁹ NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE, *ob.cit.*, p.72.

²⁷⁰ *Ob.cit.*, p.405.

O art.79º do CC proíbe a exposição, reprodução e a comercialização da imagem, quando tal ato não tenha sido autorizado pelo seu titular ou ainda nos casos enumerados no nº2 com a ressalva do nº3²⁷¹.

Tal como os outros direitos de personalidade referidos, também o direito à imagem sofreu um aumento de violações atendendo ao desenvolvimento dos meios técnicos. De facto, hoje em dia, uma pessoa que tenha um *smartphone*, situação muito frequente nos nossos dias, consegue violar o direito à imagem de outra pessoa em segundos, por exemplo fotografando alguém para publicar numa rede social essa fotografia. É neste contexto que considero a existência de uma relação entre este direito de personalidade e o direito a ser esquecido, em que, garantindo este, obteremos uma maior garantia daquele.

3.7. Considerações finais

Feita a análise dos direitos de personalidade, que considere relevantes atendendo ao tema do meu trabalho, bem como o estabelecimento de uma ponte entre estes e o direito a ser esquecido, é altura de tecer algumas conclusões. De facto, como se pôde constatar, o direito a ser esquecido, a ser aplicado no âmbito dos direitos de personalidade atrás referidos, complementado com o Instituto da responsabilidade civil, poderá trazer resultados mais eficazes e, por vezes, preventivos relativamente a futuras violações desses direitos de personalidade. A tutela de qualquer um destes direitos de personalidade está na base da criação do direito a ser esquecido, daí que, inevitavelmente, existe uma relação entre este e os vários direitos de personalidade.

²⁷¹ “Artigo 79º CC- Direito à imagem

1.(...)

2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.

3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.”

4. Outras manifestações do direito a ser esquecido: a prescrição e a amnistia em Direito Penal

Podemos encontrar ainda manifestações do direito a ser esquecido no âmbito do instituto jurídico da prescrição, principalmente no estabelecido no Direito Penal²⁷² e também na amnistia.

O prazo para a prescrição determina o período temporal durante o qual se podem desenrolar procedimentos judiciais referentes ao facto ilícito praticado. Findo o mesmo, a existência do procedimento criminal e portanto a aplicação de qualquer sanção criminal deixa de ser possível e o direito do infrator a ser esquecido é garantido, no sentido de que não poderá, em caso algum, vir a ser condenado por aquele facto ilícito praticado²⁷³.

Os fundamentos da prescrição em direito penal prendem-se com os efeitos que o tempo tem na degradação da qualidade das provas e na prossecução dos fins das penas, “na medida em que o decurso de períodos de tempo apreciáveis após a prática do crime afasta ou diminui consideravelmente as exigências concretas de prevenção geral positiva ou de integração — por apagado ou muito esbatido o abalo causado pelo crime na confiança comunitária na validade da norma legal violada — e as de prevenção especial de socialização”²⁷⁴, considerando uma possível mudança na conduta do agente e consequentemente o desaparecimento da necessidade da pena.

Nesta medida, perante um caso de prescrição, o indivíduo tem interesse em não querer que o seu nome seja associado a um facto desvalioso praticado há tempo suficiente para que a condenação pelo mesmo não fosse já, à luz da lei, útil ou relevante. Solução diferente seria se o facto não tivesse ainda prescrito e

²⁷² A prescrição do procedimento criminal está prevista, entre nós, no Capítulo I do Título V referente à extinção da responsabilidade criminal no Código Penal (arts. 118º a 121º).

²⁷³ NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE, *ob.cit.*, p.79.

²⁷⁴ *Cfr.* Assento 12/2000, de 16 de novembro (emitido pelo Supremo Tribunal de Justiça) disponível em: <http://dre.tretas.org/dre/123025/>.

só agora fosse conhecido pelos demais. Nesse caso, o direito a ser esquecido não deveria proceder.

A amnistia traduz-se numa causa de extinção de responsabilidade penal para determinados factos incriminadores, ao declarar a impunidade (ou ao anular a punição que já existia) daqueles que praticaram esses factos. Em Portugal, nos termos do art.161/f) da CRP, cabe à Assembleia da República conceder amnistias, pelo que a atribuição é feita por uma lei²⁷⁵.

Também nesta figura jurídica é visível uma manifestação do direito a ser esquecido, ao possibilitar um esquecimento dos factos criminosos praticados por aqueles autores. Nesta medida, o indivíduo, a quem foi concedida amnistia, tem o direito de exigir o esquecimento daqueles factos²⁷⁶, nomeadamente, de ver apagadas as publicações referentes aos mesmos na Internet, assim como ver cessada a continuidade da sua divulgação, isto porque se o próprio poder público conferiu esse esquecimento, não deve ser a Internet a impossibilitá-lo.

²⁷⁵ Em Portugal, vejam-se as amnistias atribuídas em 1994, por via da lei nº15/94 de 11 de maio, e, em 1999, mediante a lei nº29/99 de 12 de maio.

²⁷⁶ PERE SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Agencia Española de Protección de datos, tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.112.

5. Critérios a utilizar perante a colisão de direitos

No presente trabalho, procurei apurar a existência do Direito a ser esquecido e demonstrar a sua importância no contexto atual. Deste modo, constatou-se que, efetivamente, este direito não é um direito novo, tendo tido as suas origens num tempo relativamente afastado. Procurou demonstrar-se que, de facto, o direito a ser esquecido é um direito de extrema importância no que se refere à garantia de outros direitos fundamentais.

No entanto, se há direitos fundamentais que o direito a ser esquecido confere proteção, existem outros contra os quais ele atenta, nomeadamente os já referidos direito à liberdade de expressão e Direito à liberdade de informação. Assim, inevitavelmente, verifica-se a existência de colisão entre estes direitos²⁷⁷. Perante a existência de tal conflito em que todos os direitos estão ao mesmo nível²⁷⁸, torna-se essencial proceder a uma ponderação, caso a caso, desses direitos.

O art.335º do CC consagra um princípio geral de direito²⁷⁹ que deve ser respeitado em caso de colisão de direitos. Dispõe o nº2 que, sendo os direitos em conflito desiguais ou de espécie diferente²⁸⁰, como são os ora em análise, prevalece o direito que deva considerar-se superior. Este juízo de superioridade é feito casuisticamente, tendo em consideração a situação concreta²⁸¹ e tendo como limite o princípio da proporcionalidade como consagrado no art.18/2 da CRP.

²⁷⁷ Ocorre uma colisão de direitos quando dois ou mais direitos são incompatíveis entre si na medida em que conferem aos seus titulares permissões incompatíveis entre si. Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da colisão de direitos", in *O Direito*, ano 137, 2005 (I), p.45.

²⁷⁸ Conclusão esta que advém da consideração de que não existem direitos absolutos nem existe de facto, *à priori*, uma hierarquia entre os direitos.

²⁷⁹ Vai neste sentido o acórdão do STJ de 17-12-2009, Processo nº 4822/06.0TVLSB (OLIVEIRA ROCHA), disponível em www.dgsi.pt.

²⁸⁰ Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da colisão...", cit., p.47, esta desigualdade deve ser apreciada em abstrato.

²⁸¹ *Ibidem*, p.47.

Sem prejuízo de a ponderação ter sempre de ser feita caso a caso, é possível elencar um conjunto de critérios que são geralmente atendíveis, nomeadamente pelo TJUE, na mesma e que vão ao encontro dos princípios defendidos pela diretiva em vigor (constituindo-se eles próprios em critérios): a natureza dos dados pessoais e a relevância do acesso aos mesmos pelo público (diga-se, o interesse público e histórico na conservação dos dados pessoais, atendendo ao momento em que o conflito emerge); a natureza do próprio titular dos dados que estão disponibilizados (se é uma pessoa dita “normal” ou se pelo contrário é uma figura pública²⁸²), o contexto em que se inseriu a publicação dos dados pessoais e a finalidade que se pretendeu com a mesma²⁸³ (é importante perceber se já foi ou não cumprida a finalidade daqueles dados atendendo ao princípio da finalidade já referido). Para além destes, deve ainda ser tido em conta, naturalmente, o princípio da proporcionalidade, como consagrado no art.18/2 da CRP, na ponderação dos direitos.

²⁸² Referindo-se a informação a figuras públicas cujo comportamento, devido ao seu papel na sociedade, deve ser transparente para o público (pense-se por exemplo num primeiro-ministro ou Presidente da República), provavelmente, mas não sendo uma regra geral, o interesse público e histórico prevalecerá perante este direito. Neste sentido, NORBERTO NUNO GOMES DE ANDRADE, *ob.cit.*, pp.78 e 79.

²⁸³ PERE SIMÓN CASTELLANO, *ob.cit.*, pp.54-56.

6. Formas de efetivar o direito a ser esquecido - Tutela Preventiva

Como se viu anteriormente, a proposta de Regulamento procura efetivar o direito a ser esquecido, atribuindo-lhe um lugar na enumeração dos direitos que assistem ao titular dos dados pessoais ainda que com os limites enunciados. No entanto, como se pôde constatar, a utilização exclusiva da via legal para pôr em prática este direito é insuficiente, dado que legalmente o direito a ser esquecido é sempre uma solução *ex post*²⁸⁴. A lei não consegue acompanhar a velocidade que a tecnologia atinge. Desta forma, procurarei apurar que outras vias existem, atualmente, que possam auxiliar a lei neste objetivo de atribuir efetividade prática a este direito.

Em primeiro lugar, uma forma de promover uma maior efetividade do direito a ser esquecido poderia ser a criação de códigos de boas práticas nessa matéria. A França assumiu-se como pioneira nesta prática, ao criar em 2009 (por intermédio da secretária de estado francesa Kosciusko-Morizet) um código de boas práticas sobre o direito a ser esquecido nas redes sociais e nos motores de pesquisa, o qual foi assinado em 2010 por algumas empresas francesas, nomeadamente a *Trombi.com* e a *Microsoft* Francesa²⁸⁵. A criação destes códigos poderia levar a que, pelo menos, mais pessoas tivessem conhecimento deste direito.

Outra forma de efetivar o direito a ser esquecido, na prática, foi a proposta por VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER²⁸⁶. Este autor propôs a existência de um prazo de caducidade para os dados pessoais publicados na Internet, findo o qual os

²⁸⁴ JEF AUSLOOS, "The 'Right to be Forgotten' – Worth Remembering?", in *Computer Law & Security Review*, vol.28, nº2, abril 2012, disponível em:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392, p.9 (do documento disponível no site referido).

²⁸⁵ DAVID LINDSAY, *ob.cit.*, p.305.

²⁸⁶ VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, *Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing*, Working-PaperRWP07-022, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, abril 2007, p.17, disponível em: http://www.vmsweb.net/attachments/pdf/Useful_Void.pdf.

mesmos seriam automaticamente eliminados. Desta forma, o autor equipara este sistema à memória humana que vai ficando enfraquecida com o passar do tempo. Esta ideia de estabelecer um prazo de vigência dos dados pessoais já está integrada em algumas tecnologias existentes, nomeadamente:

- Ferramenta **Robots Exclusion Protocol** – permite ocultar determinados arquivos e evitar assim que os motores de pesquisa os indexem. Esta ferramenta tem grande utilidade no sentido de que não havendo lugar à remissão operada pelos motores de pesquisa para todos os *sites* em que constem informações pessoais do indivíduo que está a ser pesquisado, o acesso a estas informações fica dificultado e desta forma o direito a ser esquecido é fortalecido²⁸⁷.

- O programa “**Vanish**” concretiza de certa forma a ideia da expiração dos dados pessoais de forma automática sugerida por Viktor Mayer-Schönberger. Esta tecnologia vem permitir a autodestruição dos dados eletrónicos após um período de tempo concreto. O processo utilizado por esta tecnologia é o seguinte: realiza a encriptação dos dados²⁸⁸ e de seguida “estilhaça” a chave que permite aceder a esses dados, por forma a que quem deseje ler aqueles dados tenha de proceder à junção das peças que formam o puzzle (entenda-se por puzzle, a chave). Estas mesmas peças têm a particularidade de se corroer com o passar do tempo até que deixa de ser possível, por completo, ler aquela informação. Esta tecnologia pode ser utilizada relativamente aos dados constantes do correio eletrónico ou ainda quanto aos dados publicados no Facebook, Google ou outros registos digitais²⁸⁹.

²⁸⁷ PERE SIMÓN CASTELLANO, *ob.cit.*, pp.202-203.

²⁸⁸ Encriptação é o processo de transformar informação, usando uma cifra, de modo a impedir a sua leitura a todos exceto àqueles que possuam uma chave. Fonte: Wikipedia.

²⁸⁹ J. ROSEN cit. por PERE SIMÓN CASTELLANO, *ob.cit.* pp.204 e 205.

- A tecnologia **TigerText** permite ao usuário emitente da informação enviada estipular um limite temporal, que pode ir de um minuto até trinta dias, findo o qual a informação enviada desaparecerá²⁹⁰.
- A aplicação **“Snapchat”** permite o apagamento automático de fotos, vídeos ou textos enviados após a leitura dos mesmos²⁹¹.
- **X-pire!** traduz-se num programa que permite aos utilizadores definir uma data de validade para a apresentação das suas fotografias nas redes sociais. Este programa começa por criptografar as fotografias/imagens antes de estas serem enviadas para o servidor web e simultaneamente é armazenada a sua chave de acesso num servidor de chaves. Ao final de um tempo (definido pelo utilizador) esta chave expira. Enquanto não expirar, os terceiros conseguirão aceder ao conteúdo da fotografia, utilizando a chave correspondente, pois a mesma é descriptografada.²⁹²

Todos estes meios técnicos possibilitam que alguma informação não fique “eternamente lembrada” e, desta forma, atribuem alguma efetividade prática ao direito a ser esquecido. Mas, sublinho, estes meios atribuem alguma, e não total, efetividade ao direito a ser esquecido, na medida em que nenhum deles impede que os dados, durante o tempo em que estão disponibilizados, sejam copiados e publicados posteriormente pelos seus destinatários ou terceiros que consigam também aceder aos mesmos. Ainda que se utilize uma tecnologia de *Digital Rights Management* (DRM) para prevenir a duplicação dos dados, existe sempre a possibilidade de a contornar, tirando uma fotografia (com a máquina fotográfica ou o telemóvel) ao ecrã do computador, telemóvel, *tablet* ou *IPAD*,

²⁹⁰ LUIS JAVIER MIERES MIERES, *ob.cit.*, p.8.

²⁹¹ *Ib.idem.*, p.8.

²⁹² European Network and Information Security Agency (ENISA), The right to be forgotten - between expectations and practice, publicado em 20 de novembro de 2012, disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten>, p.12.

enquanto o dado estiver publicado, por exemplo²⁹³. É caso para se dizer que a “tecnologia” não consegue acompanhar a “tecnologia”. Tal impossibilidade de resposta da tecnologia é confirmada pela afirmação da ENISA na publicação já citada de que “O direito a ser esquecido não pode ser garantido, utilizando apenas meios técnicos”²⁹⁴.

Para além destas formas, acrescentaria ainda duas outras, que estão aliás previstas na proposta de Regulamento, anteriormente analisada: “*Privacy by default*” ou Privacidade como padrão²⁹⁵ e “*Privacy by design*” ou “Privacidade desde a conceção”²⁹⁶. Ambas surgem na proposta de Regulamento, na forma de novas obrigações impostas ao responsável pelo tratamento. Vejamos o que significam.

A primeira, que vem prevista no art.23º/2 da proposta, implica que, aquando do tratamento de dados, o responsável pelo mesmo assegure, por defeito, que apenas serão tratados dados pessoais que sejam necessários para cada finalidade e durante o tempo necessário para essa finalidade. Passa ainda por garantir que a configuração inicial assegura que nenhum ou apenas um conjunto muito limitado de dados pessoais seja acessível a um conjunto indeterminado de pessoas. Desta forma, apenas se o usuário ajustar as configurações ao nível da privacidade, é que os dados podem ser acedidos e partilhados por outras pessoas. De forma a tornar mais claro o conceito, olhemos para o exemplo das redes sociais. Geralmente, a configuração inicial da política de privacidade prevê que a minha informação pessoal esteja acessível aos amigos dos meus amigos, e, se eu não alterar a configuração “supletiva”, ela

²⁹³ European Network and Information Security Agency (ENISA), *The right...*, cit., p.10.

²⁹⁴ Vide p.13.

²⁹⁵ Esta expressão é habitualmente traduzida, entre nós, para “Privacidade por defeito”. Apesar de não encontrar nenhum inconveniente na tradução genericamente usada, prefiro a expressão “Privacidade como padrão” atendendo à facilidade de ligação entre a expressão e o significado.

²⁹⁶ ANTONIO TRONCOSO REIGADA, “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte dos”, in *IDP.Revista de Internet, Derecho y Política*, número 16, pp.36 e 37. Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível em linha em: <http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n16-troncoso/n16-troncoso-es>.

estará sempre assim. Convertendo-se este princípio em obrigação para o responsável pelo tratamento, a configuração inicial passaria a prever que a minha informação estivesse acessível apenas para os meus amigos e não, também, para os amigos dos meus amigos.

O princípio da "privacidade desde a concepção" ou "Proteção Integrada da Vida Privada" significa que a privacidade e a proteção de dados devem incorporar todo o ciclo de vida das tecnologias, desde a fase inicial do projeto para sua implantação, passando pela sua utilização e terminando com a sua eliminação final. Este está refletido no art.23/1 deste Regulamento, na obrigação de que as exigências de privacidade e da proteção de dados pessoais sejam tidas em conta na concepção dos serviços na Internet.

Claro que também estas não protegem na íntegra o direito a ser esquecido, uma vez que os próprios utilizadores podem sempre alterar as definições de privacidade de forma a reduzi-la. Nesses casos podemos dizer que existe uma renúncia à proteção conferida.

Todas as formas de efetivar o direito a ser esquecido que foram analisadas neste ponto apostam numa tutela preventiva do mesmo, ou seja, atuam antes de existirem violações a este direito em matéria de dados pessoais (sendo as últimas duas formas talvez as mais eficazes em termos práticos).

Conclusão

Ao proceder à análise do regime de proteção de dados vigente, ao nível nacional e europeu, no que se refere aos direitos dos titulares dos dados pessoais sujeitos a tratamento, apercebi-me de que efetivamente, embora silencioso, o direito a ser esquecido, se encontrava lá, não tanto como um direito, mas mais como um estado ou um resultado decorrente do exercício de certos direitos lá consagrados explicitamente, designadamente o direito de apagamento (consagrado no art.12º da Diretiva 95/46/CE e no art.11/1-d da LPDP) e o direito de oposição ao tratamento dos dados (previsto no art.14º da diretiva referida e no art.12º da LPDP).

Ao tomar conhecimento da existência de uma proposta de Regulamento que, sendo aprovada, revogará a Diretiva 95/46/CE, conclui que analisá-lo não era uma questão de escolha, mas de necessidade. Com efeito, esta proposta é muito relevante quanto à demonstrabilidade da existência de um suposto direito a ser esquecido, ao prevê-lo expressamente no art.17º sob a epígrafe “Direito a ser esquecido e ao apagamento”.

Ao proceder à sua análise, concluí que o direito a ser esquecido, como configurado pela proposta de Regulamento, não revela elementos suficientes por forma a constituir um direito novo. O que materialmente o art.17º faz é concretizar o direito ao apagamento existente já na Diretiva 95/46/CE, daí que a epígrafe do artigo se refira também ao direito ao apagamento. Desta forma, a epígrafe indicia uma coisa, mas o conteúdo do artigo demonstra outra coisa.

Contudo, a circunstância de defender que a proposta de Regulamento referida não cria um novo direito, não significa, de todo, que considere o direito a ser esquecido plasmado no art.17º da proposta equivalente ao direito ao apagamento constante da Diretiva 95/46/CE e, conseqüentemente, da lei nacional que a transpõe. Com efeito, atendendo ao conteúdo do artigo, este parece apontar para uma proteção a dois níveis: em primeiro lugar, confere o

direito ao titular dos dados pessoais a que os mesmos sejam apagados, e em segundo lugar, atribui um direito a que a comunicação desses dados a terceiros deixe de se verificar, procurando evitar a continuidade dessa transmissão. A primeira vertente corresponderá à proteção já conferida, se bem que agora concretizada, já a segunda apresenta-se como algo adicional ao que já existia. Garantir a cessação da continuidade da comunicação a terceiros dos dados pessoais que o titular pretende ver apagados implica, entre outras coisas, que esses dados também deixem de constar das listas de resultados apresentadas pelos motores de pesquisa.

Atendendo ao que foi dito, considero que a atribuição da designação de “direito ao apagamento qualificado” ao direito a ser esquecido como configurado pelo art.17º da referida proposta se pode revelar, neste caso, adequado.

Para além de concluir pela existência do direito a ser esquecido, no âmbito da proteção de dados, concluí também pela sua existência no Instituto da prescrição no âmbito do direito penal e, ainda, pela sua forte manifestação no campo dos direitos de personalidade. Ao proceder ao estudo de determinados direitos de personalidade que considere estarem relacionados com o direito a ser esquecido (designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à honra, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade pessoal e o direito à imagem), constatei que a relação entre estes e aquele era em termos de resultados. Efetivamente, o reconhecimento e o exercício efetivo do direito a ser esquecido traria melhores resultados ao exercício destes direitos de personalidade e obstaria a um número tão grande da continuidade das violações aos mesmos.

Ao falar do direito a ser esquecido, defendendo a sua existência a nível legal, inevitavelmente, surgiu a questão de conflito de direitos existente entre este e o direito à liberdade de expressão e o direito de informação. Por forma a não “passar em branco” este problema, enumerei um conjunto de critérios gerais a ter em conta na resolução destes conflitos, tendo sempre em atenção que a

prevalência de um direito sobre o outro só poderá ser aferida casuisticamente, sendo os critérios meros auxiliares.

Por fim, concluí que o direito a ser esquecido terá uma efetividade muito maior na prática se a lei se aliar à tecnologia. Com efeito, existem hoje outras vias, para além da legal, em que o direito a ser esquecido pode ser efetivado, designadamente através de programas e aplicações tecnológicas já existentes, nomeadamente: a tecnologia *Robots Exclusion Protocol*, o programa “*Vanish*”, a tecnologia “*TigerText*”, a aplicação “*Snapchat*”, o programa “*X-pire!*”.

Para além destas vias, mas ainda ao nível tecnológico, o direito a ser esquecido adquiriria uma maior efetividade e garantia de resultados, se fossem implementados dois sistemas: “*Privacy by default*” ou Privacidade como padrão e “*Privacy by design*” ou “Privacidade desde a conceção”, na medida em que os mesmos constituiriam uma forma preventiva de proteção ao direito a ser esquecido.

Bibliografia

1. Monografias e artigos de Publicações periódicas

- AUSLOOS, Jef, “The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remembering?”, in *Computer Law & Security Review*, vol.28, nº2, abril 2012, pp.143-152, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1970392;
- CANOTILHO, Jorge Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ªed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- CANOTILHO, Jorge Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003;
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
- CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito de Consumo*, 2ªed., Almedina, Coimbra, 2014;
- CHEUNG, Anne S. Y. “Rethinking Public Privacy in the Internet Era: A study of virtual Persecution by the Internet Crowd” in *Journal of Media Law*, vol.2, 2009, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683422 (consultado em 15 de outubro);
- DE CUPIS, Adriano, *Os direitos da personalidade*, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961 (Tradução de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro);

- DURÁN RUIZ, Francisco, “Autodeterminación Informativa y derecho al olvido en la Unión Europea – Particularidades respecto de los menores de edad” in *Actas del VII Simposio – Las Sociedades ante el Reto Digital*, nº12, Abril de 2014, disponível *online* em:
http://www.icono14.es/files_actas/7_simposio/10_francisco_duran.pdf
(consultado em 12 de novembro de 2014);
- GOMES DE ANDRADE, Norberto Nuno, “El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo, Una reconsideración del derecho a ser olvidado” in *“VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidade de la red y otros retos para el futuro de Internet” IDP.Revista de Internet, Derecho y Política*, número 13 (febrero 2012), pp.67-81 dirigida pela Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível *em linha* em:
http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n13-andrade_esp/0
(consultado em 20 de outubro);
- GOMES, Manuel Januário, “O problema da Salvaguarda da Privacidade antes e depois do computador”, in *Boletim do Ministério da Justiça* nº319, outubro de 1982, Lisboa, pp.21-56;
- GONÇALVES, Maria Eduarda, *Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*, Almedina, Coimbra, abril de 2003;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “Os direitos fundamentais à proteção dos dados pessoais informatizados” in *separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51,III, Dezembro, 1991, Lisboa, pp.699-732;

- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “*El derecho al olvido digital en la web 2.0*”, in *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº11, Maio 2013 disponível online em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4498471>;
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, vol.I, 9ªed., Almedina, Coimbra, 2010;
- LINDSAY, DAVID - The “right to be Forgotten” “ in *Emerging Challenges in Privacy Law – Comparative Perspectives* Cambridge University Press, 2014, pp.290-337;
- MACHADO, Jónatas E. M., “Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA*, 65, Coimbra Editora 2002;
- MARQUES, Garcia e MARTINS, Lourenço, “Direito da Informática”, 2ªedição, Almedina, Coimbra, 2006;
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, *Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing*, Working-PaperRWP07-022, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, abril de 2007, pp.1-24, disponível em: http://www.vmsweb.net/attachments/pdf/Useful_Void.pdf (consultado em 17 de novembro de 2014);
- MENEZES CORDEIRO, António:
 - , “Da colisão de direitos”, in *O Direito*, ano 137, 2005 (I), pp.37-55;
 - , *Tratado de Direito Civil*, vol. IV – Parte Geral: Pessoas, 3ªedição, Almedina, Coimbra, 2011;

- MIERES MIERES, Luis Javier, El derecho al olvido digital, disponível em <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-derecho-al-olvido-digital> (consultado em 4 de outubro de 2014);
- MILLER, Arthur Raphael, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*; Ann Arbor: Univ. of Michigan Press, 1971, disponível em: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015003835124;view=1up;seq=194> (consultado em 02 de janeiro de 2015);
- MIRANDA, Felipe Arady, “O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade” in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)*, Ano 2 (2013), nº10, pp.11175-11211, disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_10_11175_11211.pdf (consultado em 11 de dezembro de 2014);
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- MITROU, Lilian e KARYDA, Maria, “EU’s Data Protection Reform and the Right to be forgotten – A legal response to a technological challenge?”, disponível em: www.academia.edu/5350559/EU_s_Data_Protection_Reform_and_the_right_to_be_forgotten_-_A_legal_response_to_a_technological_challenge (consultado em 20 de novembro de 2014);
- MONIZ, Helena “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 7, Fascículo 2º, Abril-junho de 1997;

- MOTA PINTO, Paulo:
 - , “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 69, 1993, p. 479-586;
 - , “Notas sobre a Lei n.º 6/99 de 27 de Janeiro - Publicidade domiciliária, por telefone e por telecópia”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, diretor António Pinto Monteiro, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Publicação do Centro de Direito do Consumo, nº. 1, Coimbra, 1999, págs. 117-176;
 - , “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;
- NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva, *O Direito fundamental à Autodeterminação Informativa*, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c> (consultado em 4 de novembro);
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, “A Reserva da intimidade da vida privada e familiar”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v.43n.1(2002), pp.9-25;
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro:
 - , “Protecção de dados pessoais e direito à privacidade” in *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra Editora, 1999, pp.241-253;
 - , *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006;
- PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010;

- RODRÍGUES, José Luis Concepción, *Derecho de Daños*, 3ª edição, Bosch, Barcelona, 2009;
- SARMENTO E CASTRO, Catarina
—, *Direito da informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005;
—, *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro*, disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf (consultado em 5 de novembro de 2014);
- SILVEIRA, Luís Lingnau da, “A proteção de dados pessoais e a Internet” in *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº33, Septiembre-Diciembre 2013, pp.139-143;
- SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Agencia Española de Protección de datos, tirant lo blanch, Valencia 2012;
- TRABUCO, Cláudia, “Dos contratos relativos ao direito à imagem” in *Separata da Revista O direito*, ano 133, 2001, nºII, pp. 389-459;
- TRONCOSO REIGADA, Antonio
—, “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte dos”, in *IDP.Revista de Internet, Derecho y Política*, número 16, p.27-39. Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível online em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4477236>;

- , “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una”, in *Revista de Internet, Derecho y Política: “Retos y oportunidades del entretenimiento en línea”*, número 15, pp.61-75 dirigida pela Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) disponível *online* em: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-troncoso/n15-troncoso-es> (consultado em 20 de agosto de 2014);
- WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis, “The Right to Privacy” in *Harvard Law Review*, Vol. 4, Nº. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220;
 - WEBER, Rolf H., “The Right to be Forgotten: more Than a Pandora’s Box?”, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, Ano 2, nº2, 2011, disponível *online* em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084> (consultado a 25 de novembro de 2014);
 - VIEIRA, Tatiana malta, *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*, disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf (consultado em 29 de janeiro de 2015);
 - XANTHOULIS, Napoleon, “Conceptualising a Right to oblivion in the Digital World: A Human Rights-Based Approach, de 22 de maio de 2012, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2064503> (consultado em 11 de novembro de 2014);
 - ZÁRATE ROJAS, SEBASTIÁN, “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa” in *derecom*, nº13, Março-Maio 2013, disponível em:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4330379> (consultado em 20 de dezembro);

2. Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha de 5 de junho de 1973 («caso Lebach»), disponível, na língua inglesa, em: <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v730605.htm> (consultado em 22 de dezembro de 2014);
- Acórdão do TJUE proferido no âmbito do processo C-101/01 (caso “Bodil Lindqvist”) a 6 de novembro de 2003 disponível em português em: https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEIQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2Fdocentes_docs%2Fma%2FMEG_MA_6027.doc&ei=NLSrVJDLCOn0UsPxg7AL&usg=AFQjCNGaOCQhOk9aaXJjw502RvjbgkVkfA&sig2=_yFd5_Rz_puqqTdP0afoXQ&bvm=bv.82001339,d.d24 (consultado em 6 de janeiro de 2015);
- Acórdão do STJ de 17 de dezembro de 2009, Processo nº 4822/06.0TVLSB, relator: Oliveira Rocha), disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do TJUE de 13 de maio de 2014 proferido no âmbito do processo C-131/12 “Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González”, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d57228f7dadeb54fcf9b7fb872fe17c8c2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbvhv0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=187097> (consultado em 17 de julho de 2014)

3. Outras fontes

- Assento 12/2000, de 16 de novembro (emitido pelo Supremo Tribunal de Justiça) disponível em: <http://dre.tretas.org/dre/123025/> (consultado em 6 de janeiro de 2015);
- Comunicação da Comissão relativa à “Proteção da privacidade num mundo interligado - Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI”, (2012) 9 final disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:PT:PDF>
- Conclusões do Advogado Geral da Google Spain Jääskinen, dada no âmbito do processo “Google Spain SL e Google Inc contra a AEPD e Mario Costeja González”(Processo C-131/12) do TJUE, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=991239;>
- Discurso de VIVIANE REDING, “The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in Digital Age” disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm;
- European Network and Information Security Agency (ENISA), The right to be forgotten - between expectations and practice, publicado em 20 de novembro de 2012, disponível em: <https://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten> (consultado a 4 de Dezembro);

- Opinião da Autoridade Europeia de Proteção de Dados acerca da proposta apresentada para a reforma na proteção de dados em 07 de março de 2012, disponível em:
https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2012/12-03-07_EDPS_Reform_package_EN.pdf;
- Opinião do órgão do Parlamento Britânico “House of Commons Justice Committee” sobre a proposta de Regulamento para proteção de dados apresentada pela comissão publicada a 1 de novembro de 2012, disponível em:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmjust/572/572.pdf>;
- Opinião dada pelo Parlamento Europeu a 28.01.2013, disponível em:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-496.497%2b02%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>;
- Opinião nº1/2012 dada pelo Grupo de trabalho do art.29 a 23.03.2012 disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp191_en.pdf;
- Parecer nº5/2009 dada pelo Grupo de trabalho do art.29 a 23.03.2012 disponível em:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_pt.pdf;

- Relatório de transparência da Google relativo aos Pedidos de privacidade europeus para remoção de pesquisas disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=pt-PT> (consultado em 8 de janeiro de 2015);
- Relatórios da CNPD dos anos de 1995, 1997, 2001/2002, 2003, 2006 e 2010, disponíveis no *site* da CNPD.

Índice

Introdução	9
1. Direito a ser esquecido – Considerações iniciais.....	15
1.1. Origem.....	15
1.2. Direitos atingidos	18
1.2.1. Direito à liberdade de expressão e Direito à liberdade de Informação.....	18
1.2.2. Liberdade de imprensa	20
2. Proteção de dados pessoais – Consagração do Direito à autodeterminação informativa	23
2.1. Enquadramento normativo histórico	24
2.2. Conceito	25
2.3. Tratamento de dados pessoais à luz da Diretiva 95/46/CE e da Lei nº67/98 de 26 de outubro	27
2.3.1. Princípios estruturantes.....	27
2.3.1.1. Princípio da finalidade	27
2.3.1.2. Princípio da transparência	29
2.3.1.3. Princípios relativos à qualidade dos dados	29
2.3.1.4. Princípio da limitação da conservação dos dados no tempo	30
2.3.2. Admissibilidade do tratamento de dados	31
2.3.3. Direitos que assistem ao particular em matéria de proteção de dados.....	33
2.3.3.1. Direito à informação	33
2.3.3.2. Direito de acesso (e direitos à retificação, ao apagamento e ao bloqueio dos dados)	35
2.3.3.3. Direito de oposição.....	38
2.3.3.4. Direito a não ficar sujeito a uma decisão individual automatizada.....	44
2.3.4. O conceito de responsável pelo tratamento de dados – O caso dos motores de pesquisa e das redes sociais.....	44

2.4. Proposta de Regulamento para Proteção de Dados Pessoais:	
Consagração de um novo direito?	47
2.4.1. Motivos subjacentes	47
2.4.2. Alterações quanto ao exercício dos direitos	50
2.4.2.1. Direito à informação	51
2.4.2.2. Direito de acesso.....	52
2.4.2.3. Direito de retificação	53
2.4.2.4. Direito de portabilidade dos dados	54
2.4.2.5. Direito de oposição.....	54
2.4.2.6. Direito a não ser objeto de uma decisão tomada com base na definição de perfis	55
2.4.2.7. Direito a ser esquecido e ao apagamento.....	55
2.4.2.7.1. O carácter inovador do artigo 17/2º	58
2.4.3. Art.17º: Criação de um novo direito?.....	61
2.5. Consequências do não cumprimento das obrigações decorrentes do exercício dos direitos para o responsável pelo tratamento (e para os “terceiros”).....	65
2.6. O tratamento de dados pessoais nas redes sociais e a exceção <i>Household</i>	67
3. Proteção do Direito a ser esquecido no âmbito dos Direitos de Personalidade	71
3.1. Direitos de personalidade	71
3.2. Direito a ser esquecido como garante do direito à reserva da intimidade da vida privada	73
3.3. Direito a ser esquecido como garante do direito à honra	77
3.4. Direito a ser esquecido como garante do Direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	80
3.5. Direito a ser esquecido como garante do Direito à identidade pessoal	84
3.6. Direito a ser esquecido como garante do direito à imagem	85
3.7. Considerações finais	86
4. Outras manifestações do direito a ser esquecido: a prescrição e a amnistia em Direito Penal	87

5. Critérios a utilizar perante a colisão de direitos.....	89
6. Formas de efetivar o direito a ser esquecido - Tutela Preventiva	91
Conclusão.....	97
Bibliografia.....	101